DE CONDICTIONE EX CAUSA FURTIVA

PROF. FRANCISCI BOSSOWSKI

Wilno - Polonis

PROOEMIUM

Ubi auctoris opinio brevissime exponitur

Quamquam temporibus nostris multa de condictione (condictione generali, condictione incerti etc.) scripta sunt, tamen propter nimiam difficultatem nonnulla adhuc dubia vel obscura manent: cui rei operam daturus sum.

A) In fragmentis de condictione ex causa furtiva, de condictione indebiti promissi etc. tractantibus, apud unumquemque fere iurisprudentem diversae opiniones inveniuntur; quae res interpolationis indicium nobis est (§ 2 operis mei). Ex iure temporis classici res furtiva, demum amisso ab eo, cui furtum factum esset, rei dominio, furi condici poterat (ULPIANUS, D 12, 1 fr. 11, § 2; D 13, 7 fr. 22, § 2. PROCULUS, D 12, 6 fr. 53. GAIUS, II 79 in fine etc.); cetera vero fragmenta, condictionem rei suae ex causa furtiva concedentia nec non fragmenta condictionem indebite promissi, condictionem omissae cautionis, condictionem indebite remissae obligationis, condictionem dunique possessionis (condictio incerti) concedentia, interpolationibus corrupta sunt (§ 2 operis mei). GAI, IV « opinioni meae minime contradicit, nam » actio, qua rem nostram esse petimus (cuius actionis hoc loco mentio fit) nihil aliud,

quam actio ad exibendum est (GAI, IV, 51): re enim furtiva extincta, fur ei, qui dominus rei fuit, simul actione ad exhibendum (quia dolo possidere desiit) et condictione (GAI, II 76 in fine) tenetur (§ 2 operis mei).

Ex iure temporis classici fur condictione ex causa furtiva tenebatur:

a) re furtiva extincta (GAIUS, II 79 in fine; ULPIANUS, D 12, 1 fr. 11, § 2; D 13, 7 fr. 22, § 2; D 13, 1 fr. 13, fr 19, § 2, 3 etc.);

b) quando quis sciens indebite solutum in fraudem solventis acceperat (D 13, 1 fr. 18), et inde dominus rei solutae factus erat.

c) quando subrepta pecunia cum furis pecunia ita mixta erat, ut discerni non posset atque propterea furis facta erat (D 96, 3 fr. 78, C 9, 8, 1).

d) quando furtum usus factum erat; tunc enim improbi usus aestimatio furi condici potest (D 13, 1 fr. 16 intp.).

Dominio rei furtivae nondum amisso, ei, cui furtum factum erat, et rei vindicatio et ad exhibendum actio competebat. Actione ad exhibendum actor ex iure classico non solam praesentiam sed restitutionem rei petebat (D 43, 5 fr. 3, § 8; D 43, 16 fr. 1, § 32, vide etiam Egon Weiss in Z. S. S., vol. 43, pag. 969 textus et nota 3). Rei vindicationem et ad exhibendum actionem competentibus, condictio ex causa furtiva superflua erat (5 operis mei).

Si quis vero stipulanti sine iusta causa promiserit, ex iure classico exceptione doli munitus est (GAI, IV 116 a 119); extincta autem sine iusta causa obligatione (exempli gratia propter intercessionem feminae, quae intercessio Senatus consulto Velleiano prohibita erat), ei, qui creditor erat, actio a praetore restituebatur (actio restitutoria D 16, 1 fr. 8, § 2, 3, 7, 8).

Novo ordine iudiciorum privatorum introducto, permulta in nostra re innovata sunt. Cum formula iam non daretur (C. 2, 57 [58] c. 1, 2), exceptio neque postulari neque a magistratu dari poterat; ideoque aliter ei, qui sine iusta causa promiserat, subveniendum erat. Cuius rei causa condictio

indebite promissi imperatorum in rescripta introducta est (C 8, 40 [41] c. 15; C. 4, 6 c. 4; C. 4, 5 c. 3 etc.: in nonnullis rescriptis exceptionis doli solum propter veteris iuris imitationem mentio fieri videtur). Abolito praetoris officio, cum iam actio restitutoria ei, qui propter mulieris intercessionem ius crediti amisisset, dari non posset, condictio indebite remissae obligationis recepta est (vide interpolationes in D 16, 1 fr. 8, § 2, 3). Admissa condictione obligationis nihil iam obstabat, quominus etiam omissa cautio condiceretur. Sic recepta est nova species condictionis (quodammodo condictio utilis « condictio incerti » appellari solita) aliquid *fieri oportere* intendens, cum ex lege Silia et Calpurnia sola condictio *certam pecuniam aut certam rem dari oportere* intendens (GAI, 18-20, 33, III 91) et ex auctoritate iurisprudentium condictio usumfructum aut servitutem ex iure Quiritium dari intendens (D 46, 3 fr. 95, § 6; D 12, 2 fr. 11, § 2, fr. 30, § 5 etc.) recepta esset.

Sublatis omnibus formulis (C. 2, 57 [58] c. 1, 2, D. 3, 5, fr. 46 [47] § 1) receptum etiam est, ut loco competentis actionis actor id, quod sibi debeatur, condictione petere possit (condictio generalis de qua vide RICCOBONO in *Annali del Seminario Giuridico della R. Univ. di Palermo*, vol. III-IV, pag. 623 sg.; COSTA, *Storia del diritto romano privato* ed. II, Torino 1925, pag. 358); recepta vero condictione non solum *dari* sed etiam *fieri* oportere intendenti, nihil iam intererat, utrum actor condictione experiretur loco actionis aliquid *dari* vel aliquid *fieri* oportere intendentis. Qua factum est, ut etiam res subrepta aut vi ablata (loco vindicationis aut ad exhibendum actionis) condictione repeti posset, atque factum est, ut generaliter condictio possessionis admitteretur.

Condictio furtiva saepissime a compilatoribus in locum actionis ad exhibendum substituta esse videtur, nam ex iure romano byzantino actio ad exhibendum, qua rei restitutio peti solebatur, abolita est et sola actio ad exhibendum, qua praesentia rei praestanda ad instar graecae ἐμφανῶν κατάστασις petebatur, apud Byzantinos recepta est (§ 6 operis mei).

B) Ex iure romano byzantino restitutio subreptae rei non

vindicatione aut condictione, verum etiam furti actione (praeter poenam dupli vel quadrupli) repeti poterat (PAULUS SENT, II 31, 13); nam, sublata formularum subtilitate, nihil iam intererat, qua actione actor experiretur, dummodo ei aliquid deberetur: ex novo iure igitur iudices oportebat « inprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere » (C. 3, 1, c. 9, anno 321) et, si quid a litigantibus minus fuerit dictum id, quod scirent legibus convenire, supplere (C. 2, 10 [11] c. 1 anno 290): verbi gratia si dominus rei subreptae solam poenam petierit, etiam rei ipsius persecutione iudex supplere debebat.

C) Recepta condictione rei suae in locum actionis ad exhibendam rem furtivam, nonnulla etiam in iure romanobyzantino innovata sunt.

In condictione ex causa furtiva verum rei pretium tantum, in actione vero ad exhibendum id, quod actoris interesset, aestimandum erat; substituta condictione furtiva in locum actionis ad exhibendum, sive res sua sive iam aliena facta sive extincta furi condicebatur, reus ex iure romano byzantino semper in id, quanti actoris interesset, condemnandus erat; cuius rei causa multa Digestorum fragmenta a compilatoribus interpolata sunt.

Praeterea ex iure classico reus condictione tenebatur in id quod locupletior sine iusta causa factus esset solum quatenus res, de qua agebatur, *in eius dominio* atque *apud eum* esset (D 12, 5 fr. 6; D 12, 5 fr. 66; cf. D 50, 16 fr. 63) (nisi mora debitoris condictio etiam amissa re perpetuata esset); ex iure vero romano byzantino, cum non solum aliquid dari sed etiam aliquid fieri oportere condictio intendens admissa esset, veterum formularum subtilitatibus sublatis, in id quod reus sine iusta causa locupletior factus esset, accuratissime repetitio *fieri* poterat (§ 6 operis mei).

D) Multa etiam a byzantinis et in actione rerum amotarum innovata sunt; quae actio introducta est a praetore rerum quas mulier divortii causa amovisset, atque comedisset, vendidisset, donavisset, qualibet actione comsumpsisset (D 25, 2 fr. 3, § 3) aliove modo celavisset, persequendarum causa, nam res extinctae omnimodo vindicari non poterant et res venditae aut donatae difficillime vindicari poterant quia persaepe dominus nesciebat apud quem essent; actio autem ad exhibendum atque condictio ex causa furtiva actione rerum amotarum posteriores esse videntur. Res ab uxore amotae sed palam ab aliquo possessae actione rerum amotarum non continebantur: nam vindicandae erant. Quod ius etiam tempore Diocletiani servabatur (C. 5, 21 c. 3, anno 290, vol. 293).

In iure romano-byzantino omnes differentiae inter actionem rerum amotarum atque condictionem furtivam sublatae sunt. Rerum amotarum actio in factum, condictio in ius concepta erat; quae differentia sublatis formularum subtilitatibus (C. 2, 57 [58] c. 1, 2) evanuit. Rerum amotarum actio honoraria, condictio civilis fuerat; quae differentia, sublata differentia inter ius civile et honorarium, similiter evanuit (cf. D 3 5 fr. 46, § 1 intp.). Rerum amotarum actione ex iure temporis classici heres, in quantum ad eum pervenisset, condictione vero in solidum tenebatur; ex iure romano-byzantino etiam rerum amotarum actione heres in solidum tenetur. Condictione ex iure temporis classici solum verum rei pretium petebatur; in actione vero rerum amotarum commodi quoque, si quid amotis rebus amiserit vir, ratio habenda erat; ex iure autem romano-byzantino etiam in condictione furtiva fur in id, quanti actoris interest, condemnandus est (vide supra). Denique in iure romano-byzantino receptum est, ut etiam res amotae extantes atque palam possessae rerum amotarum actione contineantur, cuius rei causa D 25, 2 fr. 17, § 2 interpolatum est: quod ad similitudinem condictionis furtivae, quae ab actore res sua furi condicitur receptum esse videtur (§ 3 operis mei).

§ 1. *Quid dandi appellatione apud Romanos significatur?*

Aequales nostri sentiunt Romanos initio inter dationem et restitutionem rei non distinxisse, inde in dationis appellatione etiam restitutionem rei contentam esse: postea demum Proculo auctore distinctionem inter dationem et restitutionem rei receptam esse: dationem autem talem esse, ut res acci-

pientis fiat. Cum igitur condictione actor intenderet rem sibi dari oportere, initio non solum rem debitam a creditore domino rei condici verum etiam rem suam a domino ei, apud quem res esset, condici potuisse (D 12, 5, fr. 6). Postea demum, recepta Proculi sententia, rem suam a domino rei condici non potuisse (D 12, 4, fr. 15; D 12, 6, fr. 53); odio tamen furum receptum esse, ut fures domino rei recipiendae nomine etiam condictione teneantur (GAI, IV, 4). Quam opinionem Bekkeri (Aktionen 1, 105) omnes fere iuris prudentes aequales nostri secuti sunt.

Quae tamen Bekkeri opinio Digestorum fragmentis ceterisque fontibus contraria mihi videtur. Iurisprudentes temporis classici inter dare et facere distinguunt, dationem sic accipiendam esse, ut res accipientis fiat (GAI. IV, 4 — ULPIANUS, D 45, 1, fr. 75, § 10; D 18, 1, fr. 25, § 1—PAULUS, D 50, 17, fr. 167 pr.—CELSUS, D 12, 4, fr. 16), faciendi vero appellatione non solum operas sed etiam restitutionem rei etc. contineri docentes (1). Inter « dare » et « facere » autem iam in vetustissimo iure Romano distingui solitum est: exempli gratia in fetialium formula inter « dare » et « facere » distinguitur: « quae res dari, fieri, solvi oportuit » (LIV. 1, 32, 11 cit. apud Voigt, XII Tafeln vol. 2, pag. 432, nota 8).

In omnibus vero vetustissimis formulis, quae verbo « dare » utuntur, hoc verbum semper « rem accipientis facere » significat. Per vindicationem itaque rem verbis « do lego » legari constat; quod tegatum, nisi rei suae, nullum est et legatarium dominum ex iure Quiritium rei legatae reddit, atque iam in lege XII tabularum invenitur. Legatum per damnationem verbis « heres meus Stichum servum dare damnas esto » fit, ex quo legato sive testatoris sive alius res legata est, heres tenetur, ut rem legatam legatarii faciat aut quanti res legata sit, legatario solvat. Quod legatum demum saeculo II ante Chr. reperitur (2). Inde patet longo vetustissimi temporis spatio verbo « datio » talem solam dationem significari, ut res data accipientis fiat (3). Similiter et in noxae datione datio talis intelligenda est, ut res data accipientis fiat, nam noxaliter ex iure civili et ex formula praetoris cum eo, qui no-

xium servum in potestate habet, agi poterat (LENEL, *Edictum*, ed 2, pag. 154, 155; cf. Dg. 9, fr. 27-29) in potestate autem dominus dumtaxat possidens servum habere creditur; servus igitur a domino noxae datus accipientis fit.

Similiter etiam in veterum actionum (a Voigt XII Tafeln 1, pag. 606 enumeratarum) intentione « te mihi dare oportet » dandi appellatio talem dationem, ut res accipientis fiat, significare videtur: verbi gratia in actione iniuriarum, de arboribus succisis (COSTA, *Storia*, 2ª edizione. Torino 1925, pag. 316). et de ossibus fractis, in actione poenali propter foenus, nam actor intendebat pecuniam sibi poenae nomine dari oportere cf. GAI, IV. 20 (4). Legisactio per condictionem certae pecuniae lege Silia, legis actio per condictionem certae rei lege Calpurnia introducta est. Lex Calpurnia saeculo III ante Chr. lata esse videtur (SOHM, *Inst.*, ed. 17, pag. 653 nota 6). Condictio primum certae *creditae* pecuniae aut certae *creditae* rei persequendae causa comparata esse videtur; postea demum vero receptum est, ut etiam, quod ex stipulatu vel ex expensilatione debeatur, condictione persequi possit. (COSTA, *Storia del diritto romano privato* 2ª ed., Torino 1925, pag. 356 sequ.; cf. etiam KIPP, *Condictio in Pauly Wissowa Realenzyhlopädie der kl. Alt.*). Inde paret in legis actione per condictionem dationem rei solum talem, ut res data accipientis fiat, intelligendam esse; nam et mutuo et contractu litterali (expensilatione) debitor ut rem debitam accipientis faciat obligatur, et simile est cum stipulanti certa res aut certa pecunia dari promittitur; qua stipulatione promittens aut certam pecuniam aut certam rem ita, ut stipulantis fiat, dare obligatur (5), quam ob rem stipulatio rei suae inutilis est (GAI, III. 99) nam res, quae stiputantis est, eius amplius fieri non potest (cf. GAI IV 4) et in actionibus stricti iuris impossibilium nulla est obligatio. (RABEL « in Holtzendorfs Enzyklopädie der Rechtswissenchaft » ed. 7, vol. 1, pag. 471, 472, § 77). Qua regula iuris, stipulationem rei suae inutilem esse statuens, posterioribus temporibus in negotii contrahendis parum commoda facta est, quam ob rem quaesitum est, an res sua sub con-

dictione stipulari posset, si stipulantis esse desiisset (POMPONIUS, D 45, fr. 31 — MARCELLUS 45, 1 fr. 98, cf. D 18, 1 fr. 61 denique ULPIANUS D 45, 1 fr. 29 § 1 vide infra). Inde vetustas huius regulae evidentissima fit; si enim datione rei initio etiam restitutio rei contineretur, numquam posteriore tempore dationis definitio contra utilitatem innovaretur atque a restitutione rei distingueretur. Quae sit opinio veterum atque Sabini (D 12, 5 fr. 6), quae vero opinio Proculi (D 12, 4 fr. 15), infra (§ 4, 51) exponam. Etiam posterioribus temporibus numquam apud iurisprudentes verbo «dare» etiam restitutio continebatur. Invenitur quidem non nunquam «pignori dare», sed in formula actionis quasi Servianae scriptum est «si paret inter A^m^ A^m^ et Licium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. pignori esset rel.» Quando actio quasi Serviana introducta sit, valde quaeritur (vide Cuq. Manuel des Institutions 1917 pag. 665 nota 3); tempore tamen Augusti iam recepta esse videtur; inde paret etiam praetorem inter dationem et restitutionem strictissime distinxisse. (LENEL, *Edictum* ed. 2, pag. 474, 475). «Pignori dare» interdum loco «fiduciae dare» interpolatum est. (exempli gratia D. 13, 7 fr. 22, § 2 etc.), ceteris vero casibus ad similitudinem «fiduciae dare» in lingua latina receptum esse videtur; pignus enim fiduciae instar exhibet ideoque «pignori dare» appellatio recepta esse videtur; verbi autem «pignori» adiectio notat non veram dationem, sed pignori conventionem esse.

Similiter «precario dare» (D 41, 2 fr. 3, § 5; D 43, 19, fr. 1 § 11, D 43, 26 fr. 12 pr) nonnulli dicere solent, quia initio precarii donatio (igitur alienatio) fundi a patrono clienti facta erat; quae donatio tamen propter patroni in clientem potestatem ad nutum revocari poterat (Cuq. Manuel 1917, pag. 504); postea demum vero dato a pretore interdicto de precario sui generis ius inde factum est; quamobrem Ulpianus D 43, 26 fr. 1 de precatio non dando sed concedendo scripsit. Idem fere et de «custodiendum dare» (D 16, 3 fr. 1, pr. Ulpiani) dicendum est; quae significatio ad similitudinem «fiduciae (cum amico depositi causa contractae) dare» recepta esse videtur (6) (vide Rabel, Haftung

des Verkaufers 1, pag. 125 nota 4), «Utendum dare» (quod in J III, 14, § 2 invenitur) a compilatoribus interpolatum est, nom J III, 14, § 2 ex GAI, libro 2 rerum cottidianarum (D 44, 7 fr. 1 § 3-6) excerptum est; apud Gaium vero verba «res aliqua utenda datur» non inveniuntur, sed scriptum est «Is quoque cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur»; inde paret «utendum dare» VI saeculo in Oriente in usu fuisse.

In lege agraria (c. 76, 77) anno III a. Chr. lata etiam verba «dare adsignare fundum stipendiarium» <peregrinis> inveniuntur (MOMMSEN, *Juristische Schriften* 1, pag. 76, 129 ss). Quae adsignatio ad similitudinem agrorum civibus adsignandorum introducta est, nam similiter ac per quattuor viros agri civibus Romanis in dominium ex iure Quiritium adsignari solebant, ita ex hac lege per quattuor viros praedia provincialia in fundum stipendiarium peregrinis adsignanda erant; lex agraria igitur de dandis adsignandis fundis stipendiariis loquitur. quamquam Romani de *tribuendis* (non autem dandis adsignadis) agri provincialibus loqui solent, similiter ac «quasi ususfructus» ad similitudinem usufructus appellatus est, quamquam natura sua maxime ab eo differt.

Denique D 7, 1 fr. 3 interpolatum est. Quo fragmento Gaius inter usumfructum ex iure civili et usum fructum praediorum provincialium ex iure gentium distinguere videtur; quae differentia, tempore Justiniani iam desuetudine abolita a compilaboribus suppressa est. Usumfructum ex iure civili, quasi rem incorporalem dari posse receptum est (vide infra); abolita differentia inter ius civile et ius gentium similiter et praediorum provincialium usumfructum dari posse compilatores voluerunt; itaque in principio verbum «omnium» interpolaverunt. Cum autem usus fructus tempore Justiniani neque deductione, neque in iure cessione, sed pactionibus et stipulationibus costitui soleret, a compilatoribus huic rei conveniens definitio dationis interpolata est «dare autem intellegitur si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui».

Notanda etiam est Senecae definitio: Ben. V, 10 1: ven-

ditio alienatio est rei suae iurisque in ea sui ad alium translatio, dare aliquid a se dimittere est et id, quod *tenueris*, *habendum alteri tradere*.

Movet nos quod haec venditionis definitio iuri Romano maxime contraria est, nam ex iure Romano venditor vendendo rem non alienat, sed ad eam mancipandam vel tradendam vel in iure cedendam obligatur; ceterum non solum sua sed etiam aliena res venire potest. Senecae vero definitio iuri graeco conveniens esse videtur, nam ex iure graeco emptione venditione perfecta (COLLINET, *Études sur le droit de Justinien* RABEL *die Haftung des Verkaufers*) dominium rei venditae ad emptorem transit, inde Senecae definitio ex quodam philosophi graeci opere excerpta esse ideoque iuri graeco non autem iuri Romano conveniens esse videtur. Quae cum ita sint, etiam dationis definitio, apud Senecam exposita, iuri Romano contraria, iuri graeco convenire videtur, praesertim cum in diadikassia maxime quaeratur, quis potius in tenenda re tuendus sit.

Plurimi aequales nostri (cf. BEKKER, *Aktionen* I, 105 nota) existimant etiam alias veteris iuris reliquias inter dationem et restitutionem non distinguentes in D 12, 1 fr. 42, § 1 atque D 45, 1 fr 67, § 1 (Celsus et Ulpianus) inveniri; quae tamen Bekkeri sententia probari non potest, nam, qui « decem dari curari » stipulanti promittit, non solum per semet ipsum sed per semet ipsum aut per alium dari promittit ideoque alternativam obligationem suscipit; stipulans igitur promissorem dare oportere intendens propter pluris petitionem removendus est. Quae res, non autem distinctio inter « dare » et « facere » vel « restituere » a Labeone, Celso, Ulpiano disputata est.

Denique notanda est etiam condictio agri vectigalis, cuius mentio D 12, 3 fr. 1, pr. fit; nihilo minus nostra opinio minime reprobanda est, nam citatum fragmentum aliter etiam interpretari possumus. Vide LENEL *Edictum*, ed. 2, pag. 190, pag. 4, nota 1 Schlossman Z.SS. R. A., vol. 24, pag. 160.

§ 2. *Variae singulorum iurisprudentium opiniones exponuntur.*

In condictione furtiva maxime movent me diversae sententiae et opiniones, quae apud unumquemque fere iurisprudentem inveniuntur.

I. — ULPIANUS

a) Exempli gratia *Ulpianus ait rem furtivam condici non posse. nisi qualibet alia actione (maxime rei vindicatione) deficiente.*

D 12, 1 fr. 11, § 2 (libro vicensimo sexto ad edictum) Pal. 769. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio crediderit tibi. erit mutua: fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis, quid ergo? vindicari nummi possunt. si extant. aut. si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero (7).

D 13, 7, fr. 22 § 2 (*libro trigesimo ad edictum*) Pal. 902. Si praedo rem [pignori] <fiduciae> dederit, competit ei et de fructibus [pigneratia] <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit (8).

Fructus rei furtivae a fure perceptos furtivos esse D 47, 2 fr. 48, § 5 ostenditur.

Quae regola iuris ab Ulpiano D 12, 1 fr. 11, § 2; D 13. 7 fr. 22, § 2 exposita naturae condictionis conveniens est, nam condictione actor indendit rem sibi dari oportere (GAI, IV, 18-20. III 91), hoc est ita dari, ut actoris fiat, nemini autem res sua dari potest; igitur res furtiva demum amissa ab eo, cui furtum factum est, rei dominio furi condici potest.

Quibus locis Ulpianus Proculi opinionem sequitur; constat

enim Proculum domino subreptae pecuniae condictionem ex causa furtiva denegavisse, quia dominus in rem agere posset.

D 12, 6, fr. 53 Proculus libro septimo epistolarum. Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det; servo ignorante id testamentum non valere; data sunt mihi decem: quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit: si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non essent, manent nummi domini eosque non per condictionem sed in rem actione potere debet, si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest...

Quod fragmentum non ab ipso Proculo sed ab alio iurisprudente, sententiam Proculi probante, scriptum est. Inde paret, sententiam Proculi etiam posterioribus temporibus generaliter receptam esse.

b) Attamen multis aliis locis Ulpianus docet rem furtivam a domino furi condici posse:

D 7, fr. 12, (*Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum* Pal. 2591) « et proditum est neminem rem suam *nisi furi* condicere posse ». (Just., *Inst.* IV. 1, § 19 (21); Just., *Inst.* IV 4, § 14 aliter Gai, IV, 4, vide infra).

D 7, 1 fr. 12 § 5 (*libro septimo decimo ad Sabinum* Pal. 2573) existimat Ulpianus fructus a fure decerptos a domino fundi aut a fructuario condici posse. *D 12, 1 fr. 4 § 1* (*libro trigesimo quarto ad Sabinum* Pal. 2795) putat Ulpianus fructus a colono post lustrum completum non ex voluntate domini perceptos condici posse. (*Aliter* supra D 13, 7 fr 22 § 2).

Quae Ulpiani opinio etiam ceteris Digestorum locis invenitur, exempli gratia D 13, 1 fr. 1 fr. 4 fr. 7 fr. 8 fr. 9 fr. 10 fr. 12 D 25, 2 fr. 24 (intp). Ulpianus docet res amotas et vindicari et condici a marito posse; constat autem res amotas nihil aliud quam res ab uxore subreptas esse.

c) Immo D 13, 3 fr 1 Ulpianus docet rem suam non soli furi sed etiam raptori condici posse:

Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum Pal. 779 § 1. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta.

Ulpianus etiam rem vi abreptam a domino condici posse ait, quamquam praecedente fragmento solam rem furtivam a domino condici posse adfirmat et quamquam D 43, 16 fr. 1 § 32 actionem ad exhibendam rem mobilem vi ablatam competere, nulla condictionis mentione facta, docet.

Ulpianus interdum etiam fundum a domino condici posse sentit, quamquam praecedentibus fragmentis (D 7, 9 fr. 12 D 13, 3 fr. 1 § 1) adfirmat solas res mobiles furtivas vel vi ablatas a domino condici posse.

D 13, 3 fr. 2 Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Pal. 2591. Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

d) D 13, 3 fr. § 1 D 7, 9 fr. 12 ceterisque plurimis locis Ulpianus adfirmat ex causa furtiva rem ipsam (non autem possessionem rei) *condici. D 47, 2 fr. 25, § 1 vero adfirmat possessionem rei furtivae condici.* Cum tamen condictione actor intendit rem sibi dari oportere (Gai. IV, 18-20 33) quid in condictione possessionis intendendum sit, valde quaeritur (vide Lenel Edictum ed. 2 pag. 151) praesertim cum in condictione nulla fictio admissa sit (Gai, IV. 33).

D 47, 2 fr. 25 (*Ulpianus libro quadrangesimo primo ad Sabinum* Pal. 2862. Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. § 1. Unde quaeritur, si quis fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat; sed Celsus putat posse condici possessionem, quem ad modum potest re mobili subrepta.

Quo fragmento similiter ac D. 13, 3 fr. 2 non solum rem ipsam sed etiam possessionem rei condici posse Ulpianus putat. Notandum etiam est opiniones Celsi, ab Ulpiano comprobatas atque D 13, 3 fr. 2 et D 47, 2 fr. 25 § 1 relatas multum inter sese differre; nam Celsus D 47, e fr, 25 § 1 ei qui de fundo deiectus sit atque ei cui res mobilis subrepta sit *semper possessionis* condictionem competere ait, quam

sententiam Ulpianus nullo quidem verbo reprobat, quamquam supra citatis locis ait domino rei subreptae condictionem rei ipsius competere. D 13, 3 fr. 2 vero Celsus distinguit, utrum is, qui fundo deiectus sit, dominus fundi sit, an non; domino enim condictionem rei, ei qui dominus non sit, condictionem possessionis competere docet (9). Quas diversas sententias Celsi Ulpianus refert, neutram reprobans.

Quaeritur etiam, cur ei, qui de fundo vi deiectus sit condictio danda sit, interdicto « unde vi » competente. Movet nos denique, quod admissa ab Ulpiano condictione possessionis D. 16, 3 fr. § 32 adversus depositarium, qui per errorem non deponenti sed Titio rem depositam restituit, non condictio indebiti adversus Titium sed deponenti adversus Titium actio ad exhibendum (et vindicatio? intp?) ab Ulpiano detur. Quod fragmentum igitur ostendit condictionem possessionis ab Ulpiano admissam non esse.

e) D 12, 5 fr. 6 (Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum). Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: qua sententia etiam Celsus est.

cf. etiam D 50, 16 fr. 63 (Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum) « Penes te » amplius est quam, « apud te »: nam apud te est, quod qualiter a te teneatur, penes te est, quod quodam modo possidetur.

Inde D 12, 5, fr, 6 Ulpianus docere videtur non solum possessori (id est furi vel qui rem vi abstulerit D 13 3 fr. 1 § 1), sed etiam ei, qui rem teneat, condici posse (10).

Immo *D 12, 1 fr. 4* § 2 (*libro trigensimo quarto* (?) *ad Sabinum*) Ulpianus docet etiam ea, quae vi fluminum importata sint, condici posse, quamvis D 39 2 fr. 9 § 1-3 Neratii sententiam secutus doceat rerum quae vi fluminis importata sint tollendarum causa interdictum a praetore dandum esse, et quamvis (D 10, 4 fr. 5 § 4, 5 eiusdem). Neratii sententiam secutus doceat ad exhibenda ea qua vi fluminis importata sint, agi posse. Praeterea D 12, 1 fr. 4 § 1, 2 Ulpianus docet generaliter rem suam condici posse, quamvis praecedentibus fragmentis (exempli gratia D 13, 1 fr. 1, D 13, 3 fr. 1 § 1

fr. 2) scriptum sit rem suam soli furi aut soli furi et raptori condici posse; denique nostro fragmento (D 12, 1 fr. 4, § 1) Ulpianus docet non solum possessori, sed etiam ei, qui rem tantum teneat, condici posse, cum praecedentibus fragmentis (exempli gratia D 13, 3 fr. 1 § 1 fr. 2) soli possessori (furi aut raptori) condici posse scriptum est.

Videntur igitur est, an condictio rei suae nec non condictio adversus eum, qui rem solum teneat, re vera ab Ulpiano in eius authentica scriptura admittantur.

D 7, 1 fr. 12 (Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum Pal. 2573. § 5 Julianus libro trigensimo quinto digestorum tractat si fur decerpserit vel desecuerit fructos maturos pendentes, cui [condictione] teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario <si extent vindicationem si vero consumpti sint> condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit, eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub

D 13, 7 fr. 22 (Ulpianus libro trigensimo ad edictum) Pal. 902. § 2 Si praedo rem [pignari] <fiduciae> dederit, competit ei et de fructibus [pigneraticia] <fiduciae> antio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei. quod creditor bona fide possessor fuit.

Idem et Celsus sentire videtur *D 47, 2 fr. 68* [67] § 5.

Si colonus post lustrum completum conductionis anno amplius fructus invito domino perceperit, videndum ne messis et vindemiae furti cum eo agi possit et mihi dubium non est, quin fur<ti agi> et si consumpserit rem subreptam <condici, si vero extat> [repeti] <vindicari> ea ab eo possit (cf. D 12, 1 fr. 4).

condicione legatae, quae interim heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit, verum est enim [condictionem] <vindicationem> competere proprietario: cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Julianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per [traditionem] <mancipio> accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto) dicendum est [condictionem] vindicationem> pendere magisque in pendenti esse dominium. *D 12, 1 fr. 4* § 1 *Ulpianus libro trigensimoquarto ad Sabinum Pal. 2794.* § 1 Res [pignori] <futurae fiduciae causa> data pecunia [soluta] <non numerata> condici potest, et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit condici eos constat ita demum, si [non] ex voluntate domini percepti sunt: [nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio] § 2 Ea, quae vi flimunum. importata sunt <posquam coaluerunt>, condici possunt.

Compilatores Justinianei in D 47, 2 fr. 68 (67) § 5 distinctionem inter fructus consumptos et extantes suppresserunt, utroque casu et condictionem et vindicationem (etiam adversum eum qui dolo possidere desierit) competere docentes; quam ob rem verbo «repeti» usi sunt; verba si comsumpserit intacta tamen manserunt atque nobis indicium veteris distinctionis sunt.

Movet nos, quod D 13, 7 fr. 22 § 2 inter fructus extantes et consumptos, D 7, 1 fr. 12 § 5 vero inter separatos et perceptos distinguitur. Evidens igitur est fructus tam penes praedonem extantes, quam consumptos ab eo antea perceptos esse. Secundum D 13, 7 fr. 22 § 2 soli fructus consumpti, secundum D 7, 1 fr. 12 § 5 etiam extantes condici possunt quae contradictio igitur pristinae in D 7, 1 fr. 12 § 5 inter extantes et consumptos fructus distinctionis factae, sed postea a compilatoribus suppressae indicium nobis est. D 12, 1 fr. 4 § 1, 2 ceteris Ulpiani sententiis maxime contradicunt. Res pignori data soluta pecunia actione ad exhibendum repeti potest (cf. D 13, 7 fr. 27 Ulpianus) (10*a*). Res vi fluminis importatas similiter actione ad exhibendum (D 10, 4 fr. 5 § 4) aut interdicto (D 39, 2 fr. 9 § 1 3) peti posse ab eodem Ulpiano scriptum est. Fructus contra voluntatem domini a colono perceptos furtivos fieri et vindicari posse procul dubio est.

In restituendo D 12, 1 fr. 4 § 1, 2 inprimis notandum est fragmentum hoc ex libro trigensimo ad Sabinum exceptum esse et verbum «quarto» errore scribae, numerum fragmenti inspicientis adiectum esse videri; in libro vero trigensimo ad Sabinum fragmentum nostrum (D 12, 1 fr. 4) D 19, 5 fr. 13 Pal. 2747 secutum esse videtur. (cf. Lenel Pal. Ulpianus fr. 2794 nota 2). Ulpianus D 19, 5 fr. 13 atque D 12, 1 fr. 4 de obligationibus, quae ex negotiis extra contractum nominatos et pacta vestita nascuntur, tractat. Cum res sua secundum Ulpianum condici non posset, Ulpianus D 12, 1 fr. 4 § 1 de re fiduciae propter numerandam mutuam pecuniam data tractasse videtur. Similiter in D 12, 1 fr. 4 § 2 de rebus quae vi fluminis importata coaluerint, ideoque domini fundi facta sint veluti arbores etc., Ulpianus tractare videtur nam inde dominus fundi locupletior factus est; quam ob rem condictio eorum ab Ulpiano admissa est. Similiter etiam mentio fructuum *ex iniusta causa* perceptorum ostendit fructus ab eo perceptos esse qui eorum dominus fiat, veluti fructus a colono consentiente domino sed post lustrum completum percepti: alioquin furtum fructuam fieret (cf. D 7 1 fr.

12 § 5 D 47, 2 fr. 68 § 5). Cum igitur in D 12, 1 fr. 4 § 1 is qui fiduciae propter numerandam pecuniam rem accepit separatione fructuum dominus fiat, inter extantes et consumptos non distinguitur, nam utrique condici possunt (dummodo percepti sint: vide infra). Abolita fiducia in eius locum pignus a compilatoribus in D 12, 1 fr. 4 § 1 substitum est. Admissa a byzantinis condictione generali, condictione incerti etc. (vide Riccobono l. c.) nec non admissa generaliter condictione furtiva, compilatores Justinianei deleverunt omnia, quae in lege nostra ad condictionem unius rei propter numerandam pecuniam datae spectabant: nam ex iure Justinianeo non solum ex iniusta causa percepti, sed etiam subrepti fructus condici possunt. Fructus vero a colono ex voluntate domini post lustrum completum perceptos compilatores propter relocationem tacitam et propter glebae adscriptionem colonorum condici non posse existimaverunt, ideoque verba «nam si ex voluntate procul dubio cessat condictio» interpolaverunt.

Etiam D 25, 2 fr. 24 (Ulpianus libro quinto regularum) marito et condictionem et vindicationem rerum amotarum concedens interpolatum esse Riccobono (Annali del Seminario giuridico d. R. U. di Palermo, vol. III-IV, pag. 633) demonstravit.

Similiter in D 47, 2 fr. 14 pr. ab Ulpiano domino rei furtivae vindicatio et condictio conceditur. Quam sententiam tamen [« mandare eum plane . . . . . vera est »] interpolatione corruptam esse Beseler (Beiträge III 189) demonstravit.

Aliae etiam leges Ulpiano posteriores domino rei subreptae condictionem concedentes procul dubio interpolatione corruptae sunt.

C 6, 2, 12 Imperatores Diocletianus et Maximilianas A. A. CC. Quintillae. Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domine possideantur, usucapi nequeunt, matris furem etiam eorum causa furti teneri convenit actione § 1 Quapropter furti actione [et condictione] vel adversus possidentem vindicatione de mancipiis uti non prohiberis, cum altera poenam continens alterius electione minime tolli pos-

sit § 2. Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla iuris quaestio est, cum etiam hi qui aliena mancipia comparaverunt, si hanc causam non ignorant, furti actione tenentur (a 293).

In § 1 verba [et condictione] interpolata esse evidentissimum est; verba enim «*altera* poenam continens *alterius* etc.» sine ullo dubio demonstrant Diocletianum et Maximianum tantum furti actionis et rei vindicationis mentionem fecisse, praesertim cum poenae persecutionem tantum furti actio, non autem condictio ex causa furtiva contineat. cf. C 9, 32, e 4 § 2 anno 242 atque C 6, 2 e 1 anno 200 (vide supra § 2 nota 7 et 8).

Inde paret et condictionem rei suae et condictionem adversus eum, qui rem tantum teneat, ab Ulpiano non receptam sed interpolationibus introductam esse (10*a*); de condictione vero possessionis infra tractaturus sum.

b) *nonnullis vero fragmentis etiam condictio indebite promissi ab Ulpiano admittitur, quamvis praecedentibus fragmentis solam rem (possessionemve (?)) condici posse sentire videatur et quamvis ceteris fragmentis alio modo subveniendum esse creditori, nulla mentione condictionis promissi facta doceat.*

b) (*D 12, 7 fr. 1 pr.*) *Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum.* Est haec species condictionis si [quis sine causa promiserit vel si] solverit quis indebitum (rel. intp.).

Quae sententia iuri temporis classici contraria est, nam teste Gaio IV 18-20; III, 91 sola condictio *dari oportere* intendens admissa est nec in condictionibus ulla fictio adiungitur (Gai IV 33), et teste Gaio IV 119 is qui sine causa promiserat a praetore exceptione doli tuendus erat, solutum vero per errorem condictione indebiti repetere poterat (D 12, 6 fr. 40 pr. Marcianus). Cum vero et compensatio et pactum de non petendo sola exceptione ex iure honorario obligationes infirmarent similiter et in obligatione (exempli gratia stipulatione) sine causa contracta sola exceptione actionem creditoris infirmari poterat.

Condictio obligationis sine iusta causa contractae (id est condictio debitorem obligatione liberari oportere intendens)

demum rescriptis Gordiani (L. 8, 40 [41] c. 15 pr. anno 239) nec non Valeriani et Galieni (C 4, 6, c. 4 anno 259) non sine aliqua hesitatione introducta esse (cf. C 4, 5, c. 3 anno 293) videtur (10c). Quamquam enim hac condictione actor aliquid fieri (id. est pecuniam acceptam fieri aut instrumentum restitui) oportere intellegit, tamen in novo ordine iudiciorum privatorum, qui ad instar cognitionis extraordinariae ordinatus est (processu imperiali), deficiente formulae subtilitate (cf, L. 2, 57 [58]) nihil iam obstat, quominus etiam condictio faciendi admittatur, dummodo id quod petatur ex iusta causa sit; iuncto vero in unam consonantiam iure civili et iure honorario atque sublata formularum impetratione, sine iusta causa contracta obligatio exceptione praetoris infirmari non est necesse, ideoque aut inutilis et nulla propter dolum creditoris (qui verbi gratia sine causa sibi stipulatus promissam pecuniam petit) aut statim, priusquam debitor conventus sit, speciali actione infirmanda erat, cuius rei causa condictio obligationis a Gordiano recepta est. Cuius rei causa exceptionem non numeratae pecuniae in desuetudinem abiisse atque in eius locum querelam non numeratae pecuniae receptam esse constat (C 4, 30). Postea vero receptum est ut ex cautione indiscreta agenti causae probatio incuberet (cf. C 4, 30 c. 12 D 22, 3 fr. 25 § 4 intp). Si vero in rescriptis Gordiani etc. exceptionis doli mentio, invenitur, id nihil aliud quam veteris iuris imitatio est.

Inde paret Digestorum fragmenta quae de condictione sine causa contractae obligationis tractant, ex corpore Ulpiani excerpta, interpolationibus corrupta esse, quod etiam collatione D 44, 4 fr. 7 pr. § 1 D 39, 5 fr. 2 § 3, 4, C 8, 40 (41) c. 15 pr. C 4, 5 c. 3, C 4, 6 e 4, evidentius estenditur.

C 8, 40 (41) c. 15 pr. Imp. Gordianus A Claudiano. Si indebitam pecuniam quasi ex causa fideiussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepta feratur, potes..... (a. 239).

C 4, 6, c. 4. Impp. Valerianus et Gallienus A. A. et Valerianus C Aemiliae. Si cum exiguam pecuniam re vere suscipere, longe maiorem te accepisse cavisti eo, quod tibi patrocinium adversarius repromitteret; cum dices fidem promissi non secutam, ut libereris obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris (anno 259).

C 4, 5, c. 3 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Pamphile. Cum et soluta indebita quantitas, ab ignorante repeti possit multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competi vel doli exceptio agenti opponitur (anno 293).

D 44, 4 fr. 7 (Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum Pal. 1690). Julianus ait: si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri [et praeterea *condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet]*. § 1, Idem Julianus ait, si ei, quem creditorem tuum esse putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere <si vero ei, cui pecuniam debebas, iussu tuo pecuniam, quam tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione non summovedo, sed mandati contraria tecum> [et amplius] agendo cum stipulatore consequar, ut mibi acceptam faciat stipulationem [et habet

D 39, 5 fr. 2 (Julianus libro sexagensimo digestorum Pal. 747). § 3. *Aliud iuris erit,* si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas; exceptione *enim* doli mali tueri me potero [et praeterea *incerti condictione stipulatorem compellem, ut mihi acceptum faciat stipulationem*] § 4 Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo <si vero ei cui pecuniam debebas, iussu tuo pecuniam quam tibi debere existimabam promisero, petentem doli mali exceptione non summovebo sed mandati contraria tecum> [et amplius] agendo consequar, ut mihi acceptum facit stipulationem.

haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictine, cui sim obligatus].

Collatione D 44, 4 fr. 7 pr. § 1 et D 39, 5 fr. 2 § 3, 4 evidens fit, Ulpianum Juliani scripturam paene ad verbum conscripsisse; attamen D 44, 4 fr. 7 pr. scriptum est « et praeteria condictio mihi adversus stipulatorem competit, un me liberet », et D 39, 5 fr. 2 § 3 scriptum est « et praeterea incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem ». Quaec differentia suspicere iubet, haec verba in pristina Juliani scriptura defuisse atque ab Ulpiano conscripta non esse. Julianum enim condictionis, actorem liberari oportere intendentis, a. 239 p. Chr. introductae, mentionem facere non potuisse evidens est, et Ulpianus D 44, 4 fr. 7 pr. solam Juliani opinionem refert nec aliud addicit: postea demum in Ulpiani scriptura mentio condictionis actorem liberari oportere intendentis interpolata esse videtur; quod factum est contemplatione novi iuris quod rescripta Gordiani (C 8, 40, 15 anno 239) Galieni et Valeriani (C 4, 6, c. 4 anno 259) introduxerunt. Et similiter in D 39, 5 fr. 2 § 3 iam postea verba « et praeterea incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem » ex D 39, 5 fr. 2 § 4 excerpta, hoc animo et consilio addita esse videntur, ut D 39, 5 fr. 2 § 3 novo iuri, rescripto Gordiani Galieni et Valeriani introducto, accomodaretur. In D 44, 4 fr. 7 § 1 vero Juliani sententia, quae nunc D 39, 5 fr. 2 § 4 invenitur, ab Ulpiano conscripta est; etiam indicativus loco coniunctivi (« putabas », « existimabam », « promisero ») intactus mansit, quamquam apud Ulpianum Juliani oratio directa in obliquam conversa est (« summoveri debere », « summovebo »); cum tamen Ulpianus propter orationem obliquam, « summoveri debere » loco « summovebo » scripsit, « consequar » intactum mansit. Quae res ostendit, porro opinionem Juliani ab Ulpiano intactam in oratione directa (non autem in oratione obliqua) conscriptam esse, sed cancellatis a compilatoribus pluribus verbis factum est, ut « summoveri debere » et « consequar » una sententia contineantur. Restitutio nostra etiam fragmentis ex corpore Pauli excerptis D 44, 4 fr. 5 § 5 D 46, 2 fr. 12 comprobatur, nam ibi eadem fere res tractatur et debitori exceptio doli denegatur, nec non D 46, 2 fr. 12 mandati contraria ei datur (vide infra). Verbum « incerti » in D 39, 5 fr. 2 § 4 interpolatum esse procul dubio est (vide Trampedach in ZSS. vol. 17); inde paret Julianum ibi non de condictione sed de alia actione tractasse. Quae actio igitur mandati contraria esse videtur, nam actione mandati contraria mandatarius restitutionem eius, quod mandati causa expensum est petere potest; ceterum actio mandati contraria bonae fidei est: igitur mandatarius etiam, ut mandans eum liberet (veluti ipse debitori solvendo aut expromittendo) agere potest (Paulus in D 17, 1 fr. 45 § 1). Verum quidem est, etiam ex lege Cicereia fideiussorem, ut liberetur, interdum petere posse (Gai III 123): collatione tamen D 44, 4 fr. 7 pr. § 1, D 39, 5 fr. 2 § 3, 4, nec non D 44, 4 fr. 5 § 5 D 46, 2 fr. 12 (vide infra) multo probabilius fit, nostro loco Ulpianum et Julianum de eo tractare, qui falso existimans se alteri pecuniam debere iussu eius creditori eius promiserit.

Compilatores Justinianei distinctionem apud Julianum D 39, fr. 2 § 4, D 44, 4 fr. 7 § 1 expositam suppresserunt, probabiliter etiam ei, qui iussu eius, quem creditorem suum putaret creditori eius promiserit, doli mali adversus stipulantem exceptionem daturi; ceterum compilatores Justinianei novum ius secuti, omnibus, qui sine causa promiserant, condictionem eos liberari oportere intendentem competere statuerunt.

Eadem fere res apud Julianum D 12, 7 fr. 3 tractari *videtur D 12, 7 fr. 3 Julianus libro octavo digestorum Pal. 124.* Qui sine causa < iussu alterius > obligatur < actione mandati contraria > [incerti condictione] consequi possunt, ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere oportuerit, [nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur] [veluti qui decem promisit, nam si qui-

dem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat, at si cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequitur, ut quinque liberetur.

Lenel recte putat Julianum haec in iudiciis divisoriis inicere potuisse, et fortasse de cautione quadam a coherede sociove praestita egisse. Mentio actionis, qua actor liberationem consequitur, nec non collatio huius fragmenti atque D 44, 4 fr. 7 § 1, D 39, 5 fr. 2 § 4 probabile faciunt Julianum ibi de promissione sine causa iussu eius, quem promissor creditorem suum putaret, tractavisse.

Verba « veluti sequ. » interpolata esse iam Eisele demonstravit, ergo tamen etiam praecedentia verba « nisi quod..... exoneretur » interpolata esse puto, nam absurdum est « ... incerti condictione consequi possunt, ut liberentur..... nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberatur (! sing.) ».

Quae restitutio nostra D 39, 5 fr. 2 § 3, 4, nec non D 44, 4 fr. 7 pr. § 1 etiam collectione cum D 37, 6 fr. 3 § 5 comprobatur.

D. 37, 6 fr. 3 Julianus libro vicensimo tertio digestorum § 5 Emancipatus praeteritus si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu < a praetore exceptione tuendus > |ipso iure tutus| erit.....

Ex iure temporis classici stipulatio etiam causa non secuta valida erat et promissor exceptione a praetore tuendus erat (Gai IV 119); Juliani igitur opinionem, quae in D 37. 6 fr. 3 § 5 invenitur, a compilatoribus corruptam et novo iuri iam VI saeculo post Chr. introducto (vide supra C 4, 30. c. 12, D 22, 3 fr. 25 § 4 intp.) accomodatam esse evidens est. Movet nos etiam, quod in nostro fragmento nulla mentio fit condictionis, promissorem propter causam non secutam liberari oportere intendentis, si eius condictionis ab Ulpiano mentio facta esset, a compilatoribus Justinianeis, studentibus, quo pluribus actionibus reus teneretur, intacta mansisset. Inde paret Julianum neque D 39, 5 fr. 2 § 3, 4, neque D 37, 6

fr. 3 § 5 ullam mentionem condictionis sine causa promittentem liberari oportere intendentis fecisse et similiter Ulpianum, Juliani opinionem secutum D 44, 4 fr. 7 pr. § 1 nullam eius condictionis mentionem fecisse.

Ceteros etiam Digestorum locos ex Ulpiani corpore excerptos, condictionem indebitae promissionis admittentes, interpolatos esse constat, exempli gratia. *D 36, 4 fr. 7 Ulpianus libro quinquagensimo secundo ad edictum Pal. 1251.* Si quis cum vetitus esset satis accipere, acceperit, |an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem condici posse, quid deinde| et si commissa sit stipulaiio |fideiussores| <utrum> putamus < heredem > exceptione uti posse an non? et magis est, ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio ex qua non debuit.

Quod fragmentum sine dubio interpolationibus et glossematibus corruptum est. Verba « an repeti possit...? » « et quidem si sciens..... quid si ignoravit etc. » procul dubio non sunt ab Ulpiano scripta; quae omnes distinctiones glossema cuiusdam magistri byzantini esse videntur. Cum Ulpiano auctore commissa iam stipulatione exceptio danda sit, condictio illicitae promissionis superflua fit.

Quae exceptio non propter deficientem sed propter iniustam causam promittenti datur; igitur non sine aliqua hesitatione ab Ulpiano admittitur.

Similiter D 12, 6 fr. 31 pr. interpolationibus corruptum esse ostenditur.

D 12, fr. 31 Ulpianus libro primo opinionum. Is, qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, < exceptione tuendus est et si solverit, > indebiti |promissi| habet condictionem.

Quae interpolationes collatis fragmentis Pauli de eadem re tractantibus etiam magis evidentes fiunt.

D 44, 4 fr. 5 Paulus libro septuagesimo primo ad edictum Pal. 792 § 4. Si eum, qui volebat mihi donare [supra legitimum modum], delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam iam creditor suum petit, in eadem causa est maritus: [nec enim hic debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit, numquid ergo] nec de dolo mulieris excipiendum [sit] < est > adversus maritum, qui dotem < iussu mulieris ab eius debitore promissam > petit, [non ducturus uxorem, nisi dotem accepissit ? nisi iam divertit] itaque [condictione] < mandati contraria actione tenetur > [debitor qui delegavit vel] mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Quo fragmento Paulus de eadem fere re tractat ac Julianus D 39, 5 fr. 2 § 2, 3, 4 nec non Ulpianus D 44, 4 fr. 7 pr. § 1. In principio D 44, 4 fr. 5 § 5 quaestio movetur, quae maxime similis est quaestioni, apud Julianum D 39, 5 fr. 2 § 2: ambae quaestiones deciduntur contemplatione perfectae iam donationis, ideoque exceptionis ex lege Cincia deficientis. Postea vero apud Paulum quaeritur, utrum debitor mulieris, qui a muliere delegatus eius marito stipulanti dotem promisit, exceptione doli, adversus mulierem competente, etiam adversus maritum uti possit. In qua re Juliani et Ulpiani opinio a compilatoribus suppressa est, ambos tamen sensisse credo idem ac Paulum qui vero exceptionem denegandam existimat (cf. D 46, 2 fr. 12) Mentionem condictionis debitorem delegatum liberari intendentis interpolatam esse iam supra demonstravi, collatione D 44, 4 fr. 5 § 5 et D 46, 2 fr. 12 (vide infra) ostenditur Paulo auctore mandati contraria agi posse. Ceterum pristinam Pauli opinionem aliis etiam interpolationibus corruptam esse procul dubio est. verba itaque « numquid ergo » interpolationem suspiceri iubent; idem et de verbis « non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset, nisi iam divertit », quae omni ratione carent, dicendum est.

D 46, 2 fr. 12 Paulus libro trigensimo primo ad edictum Pal. 483. Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur < debitor > et

qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur, sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus debitorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur [condictione vel incerti, si non] pecunia soluta [esset vel certi si soluta esset] [et ideo cum ipse praestiterit pecuniam, aget] mandati contrario iudicio (10 *d*).

Verbum « debitor » a Krügero recte restitutum esse videtur. Mentio contrariae mandati actionis authentica mihi esse videtur; nec cum Lenelo consentire possum; quamquam enim Paulus libro trigensimo primo de fiducia, tamen libro trigensimo secundo ad edictum de actione mandati tractat; verisimile igitur est iam libro trigensimo primo a Paulo de mandati actione tractari incipi. Mandati contraria actione competente, condictioni locus esse non potest, ideo Pernice verba [condictione... esset] interpolata esse putat; mihi tamen verbum « non » non recto loco scriptum indicare videtur, verba « pecunia soluta » authentica esse; ceterum verbo « tenetur » authentico, verbum « áget » superfluum esse videtur. Ulpianus et Julianus D 44 fr. 7 pr. § 1, D 39, 5 fr. 2 § 3, 4 quaestionem movent, quid delegatus ante quam pecuniam creditori solvat, a delegante petere possit; Paulus vero D 46, 2 fr. 12 quaestionem movet quid soluta iam pecunia petere possit, denique apud Paulum D 44, 4 fr. 5 § 5 utraque quaestio movetur. Probabile autem est a compilatoribus condictionem certi in locum actionis mandati contrariae, qua reus soluta iam ab actore pecunia ad dandum teneretur, substitutam, condictionem vero incerti in locum actionis mandati contrariae, qua reus ante solutam ab actore pecuniam ad faciendum (id est ut actor mandatarius liberaretur) teneretur, (cf. D 17, 1 fr. 45 § 5) substitutam esse. Similiter D 19 1 fr. 5 interpolatum est. *D 19, 1 fr. 5 Paulus libro tertio ad Sabinum. Pal. 1636.* Si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit [de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt vel] ex emto [vel ex testamento] agi cum eo poterit § 1. Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto [non (!)] posse quoniam doli mali exceptione summoveri potest] [quemadmodum ?] < quam

vis si falso> existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam [incerti] <solutum> condicere eum posse ait, ut liberetur].

Quo etiam loco condictio liberationis procul dubio interpolata est. (Ceterum notandum est stipulationem saepissime indiscretam esse, ideoque sine causa promittenti exceptione doli praetorem succurrere solitum esse; emptionis venditionis vero contractui suam iam causam inesse, ideoque propter causae errorem venditori succurri non posse, praesertim cum actione venditi pretium rei petere possit).

In qua re (id est in condicenda indebite promissa obligatione) conferenda est etiam Tryphonini opinio.

D 23, 3 fr. 76 Tryphoninus libro nono disputationum Pal. 35. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur, [sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel; pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est] non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

Tryphoninus movet quaestionem, an dos a patre mulieris eius, mortis causa promitti possit, quamquam obligationem ex heredis persona incipi non posse constat. Tryphoninus recte putat posse promitti. Si tamen pater convaluerit stipulatione non tenetur, quia mortis causa promittens non pure sed sub condicione obligatur. Compilatores tamen Justinianei, admissa condicione indebitae obligationis, convenienter fragmentum Tryphonini complere studentes, mentionem condictionis debitorem liberari oportere intendentis interpolaverunt. Quae tamen condictio non solum superflua est, stipulatione sub condicione contracta; verum etiam interpolationis alia indicia inveniuntur, exempli gratia interrogatio rethorica «cur ei non remittatur obligatio per condictionem (!)» denique vitiosa sententiae structura «atque si stipulanti quivis alius promiserit, aut dotem alicuius nomine?» Ceterum in novissima sententia

verba «non idem dicendum est rel.» de admittenda condicione «mortis causa» in promittenda dote non autem de condictione indebite promissi tractant; inde paret in pristina Tryphonini scriptura novissimam sententiam immediate primam sententiam secutam esse.

Etiam apud Julianum qui de simili questione in D 39, 6 fr. 18 § 1 tractat, condictio obligationis mortis causa contractae admissa invenitur; tamen collatione D 39, 6 fr. 18 § 1 et D 39, 6 fr. 31 § 3 ostenditur mentionem condictionis D 39, 6 fr. 18 § 1 a compilatoribus interpolatam esse.

D 39, 6 fr. 18

Julianus libro sexagesimo digestorum.

§ 3. Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum debitori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantum pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero, quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam si convaluisset creditor itemque donator [condictione aut in factum actione] debitoris obligationem dumtaxat reciperet.

D 39, 6 fr. 31

Gaius libro octavo ad edictum provinciale.

§ 3. Si iusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit, et ait Julianus, si ego stipulatus fuerim, tantum pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet, si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantum videri me pecuniam accepisse in quantum e debitore meo liberatus essem.

Gaius, Juliani opinionem ad verbum fere adlegans, neque condictionis ob causam contractae obligationis, neque actionis in factum ullam mentionem facit; inde paret etiam apud Julianum nullam earum mentionem fuisse. Quae condictio et

actio superfluae sunt, nam mortis causa et delegatio et expromissio non pure sed sub condicione contractae sunt, ideoque non impleta condicione pristina obligatio manet. Cum omnia fragmenta non solum ex corpore Ulpiani verum etiam ex operibus Pauli et Tryphonini excerpta, ubi condictionis indebitae promissionis mentio invenitur, interpolata sint, et apud cetores veluti Papinianum, Gaium nulla talis condictionis mentio fiat, etiam in D 12, 7 fr. 1 pr. (vide supra) verba « sine causa promiserit vel » condictionem indebita promissionis admittentes procul dubio Ulpiani authentica non sunt.

Quae interpolatio condictionem indebitae promissionis admittens in D 4, 4 fr. 16 etiam evidentius est.

D 4, 4, fr. 16 Ulpianus libro undecimo ad edictum Pal.....

§ 2. Pomponius quoque refert libro vicensimo octavo, cum quid an heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam, sed et illud Pomponius adicit, [quod potuit incerti] <si dederit, datas res posse> condici [haec cautio etiam a maiore] non enim ipso iure sed per [condictionem] < exceptionem doli > munitus est.

Inde paret initio eum qui per errorem indebite promisisset, nulla actione neque exceptione munitum esse; postea demum Aristone auctore receptum esse, ut qui indebite promisisset, in integrum restitui posset: inde paret nulla alia actione ei subveniri posse (D 4, 4 fr. 11, pr. (Aristo Cassii auditor obiit post amum 105 p. Chr.). Postea demum recepta est sententia, eum qui per errorem indebite promisisset, exceptione doli a praetore tuendum esse; qua exceptione admissa, consequenter solutum indebiti condictione repeti poterat. Quod fragmentum a compilatoribus interpolatum esse iam Pernice demonstravit: cui tamen non sine ulla restrictione consentire possum, quia verbum « condici » ab Ulpiano, non autem a byzantinis scriptum esse videtur; verba vero « non ipso iure sed per condictionem munitus est » iuri temporis classici contraria sunt.

i) Videndum est etiam, an condictio per errorem omissae stipulationis quae D 35, 3 fr. 3 § 10 atque ceteris fragmentis ab Ulpiano admissa esse videtur, re vera in authentica Ulpiani scriptura admissa sit.

D 36, 1 fr. 22 Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum. Pal. 695. Heres cum debuerat quartum retinere totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita, similem eum esse Aristo ait illis qui retentiones, quas solas habent, omittunt: [sed posse eum rerum hereditarium possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denuntiare, ne solvatur].

D 22, 6 fr. 9 Pulus libro singulari de iuris et facti ignorantia Pal. 908. § 5. Si quis ius ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistula divi Pii sed et imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: « Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest, quamobrem Gargiliani heredes, qui, cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquaeductus rei publicae Cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes, quam per legem Falcidiam licuisset, redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquae ductus impendi, frustra postulant reddi sibi e republica Cirtensium. quasi plus debito dederint, cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet, quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultes solere succurri sed errantibus ». [*C 6, 50, 1 Imp. Severus et Antonius A. A. Bisco* Scire debes omissa Falcidia, quo pleniorem fidem portionis restituendae exhiberes, non videri plus debito solutum esse. (a. 197).

D 12, 6 fr. 39. Marcianus libro octavo institutionum Pal. 130.

Si quis cum a fideicommissario sibi cavere poterat non caverit quasi indebitum plus debito eum solutum repetere <non> posse divi Severus et Antonius rescripserunt.

A Severo et Antonino D 22, 6 fr. 9 § 5 rescriptum est ei, qui per iuris ignorantiam stipulationem omiserit, omnino succurrendum non esse, an vero et quomodo ei, qui per facti ignorantiam omiserit, subveniri possit, non rescripserunt.

Quam ob rem Pomponii D 36, 1 fr. 22 procul dubio interpolatum est. In principio huius fragmenti Pomponius ait eum qui totam hereditatem quarta non retenta nec cautione interposita restituerit, restitutum repetere non posse, at sequentibus verbis contraria opinio continetur. Prior sententia vera Pomponii opinio esse videtur : quae sententia non solum supra relatis rescriptis Severi et Antonini verum etiam sententiis Papiniani D 31, fr. 68 § 3, D 33, 4 fr. 7 § 4 conveniens est; cum Papinianus condictionem omissae stipulationis omnino non admittit. et a Pomponio aetate Papiniano longe maiore, ingenio longe inferiore sine dubio talem condictionem quin admittatur, non est dubium.

Similiter et Ulpianus multis locis condictionem omissae stipulationis non admittit.

D. 10, 4 fr. 9 Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum Pal. 721 § 4. Marcellus scribit si tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi decem usufructus pure, deinde heres pendente condicione non exacta cautione decem fructuario solverit, ad exibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit, quominus possideret : dolus autem in eo est quod cautionem exigere supersedit a fructuario [effectamque ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis], ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio exstiterit legati, potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum et, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus dolus est : succurrendum tamen letario [in factum] adversus fructuarium [actione] ait.

Ulpianus, Marcelli sententiam referens, etiam D 36, 3

fr. 1 § 17 idem ait, id est condictionem omissae stipulationis non admittit. (Quod fragmentum interpolationi corruptum esse videtur; quae interpolationes tamen in nostra re nullius sunt momenti).

Attamen speciali casu Ulpianus ei, qui cautionem omisit, contra rationem iuris succurrere studet.

D 35, 3 § 10 Ulpianus libro septuagesimo nono ad edictum Pal. 1718. Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit <quaeritur> [ut cautio ista interponatur (?), movet quaestionem, quod ea, quae per errorem [omissa vel] soluta sunt, condici possunt et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo quod cautio intermissa est. et ait Pomponius <in integrum etiam heredem a praetore restituendum> [condictionem interponendae satisdationis gratia competere et puto hoc probandum, quod Pomponius utilitatis gratia].

Quo fragmento Ulpianus de cautione evicta hereditate legata reddi, tractat. Verba [omissa vel] interpolata esse iam Pflüger demontravit. Inde paret ab Ulpiano quaeri, an legatum, interponenda cautione non interposita, praestitum, quasi plus debito solutum, repeti possit (arg., verba « si legatum fuerit praestitum... an condici possit... »). C 6, 50, c. 1 (anno 197) indicium nobis est etiam nostro casu plus debito solutum non esse. Ulpiani tamen sententia a compilatoribus suppressa esse videtur. Movet nos etiam, quod Ulpianus quaerit, an legatum praestitum quasi plus debito solutum condicî possit posteaque opinionem Pomponii, condictionem omissae cautionis concedentem, probat. Quae Pomponii opinio authentica non esse videtur; probabile enim est Pomponium existimasse eum, qui cautionem omiserit, a praetore in integrum restituendum esse (cf. supra D 4, 4 fr. 16 § 2). Inde paret ab Ulpiano condictionem praestiti legati non admitti, ideoque ab eo Pomponii opinionem probari. Novissima verba « et puto hoc probandum, quod Pomponius, utilitatis gratia » procul dubio a byzantinis scripta sunt (cf. novissima verba D 44, 4 fr. 7 § 1 quae authentica non esse constat).

Simili modo *Ulpianus* aliis etiam subvenire studet. *D 7,*

9 fr. 7 pr. Ulpianus libro septuagensimo nono ad edictum Pal. 1724. Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. [quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit].

Novissimam sententiam huius fragmenti interpolatam esse iam Krüger et Pernice demonstraverunt.

Quamquam res usus fructus nomine tradita est, tamen domino rei vindicationem dandam atque exceptionem ususfructus replicatione infirmandam esse Proculus existimat; quod hanc ob rem fit ut res, in qua ususfructus alienus est, propter omissam cautionem, a domino, ac si eius rei ususfructus alienus non sit repeti possit.

Proculus docuit rem suam condici non posse ideo domino non condictionem indebiti sed vindicationem competere ait, et ut rei vindicatione res repeti possit, exceptionem ususfructus replicatione infirmandam esse docet. Jam Proculus igitur quodam modo similiter domino, qui stipulationem ab usufructuario exigendam omiserit, succurrere studet. Ulpianus autem sententiam eius probat, condictionem vero omissae cautionis denegat. Severi et Antonini rescriptum (D 22, 6 fr. 9 § 5) Marcianus D 12, 6 fr. 38 etiam in cautione a fideicommissario exigenda secutus est. Marciani tamen opinio procul dubio a compilatoribus corrupta est, quod hoc animo et consilio factum esse videtur, ut Ulpiani et Marciani opiniones novo iuri, ab imperatore Gordiano condito, accomodaretur, immo ut novi iuris regula extenderetur, nam Gordiani rescriptum soli erranti, condictionem competere ait (C 6, 50, 9); corruptela vero in D 12, 6 fr. 39, nulla erroris mentione facta, etiam scienti condictionem competere docet; praeterea a Gordiano (C 6, 50, 9) condictio solius quartae indebite solutae, corruptela vero in D 12, 6 fr. 39 totius fideicommissi condictionem competere ait.

C 6, 50 c. 9 Imp. Gordianus A. Mestriano. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. is autem, qui sciens se posse retinere ius universum

restituit, condictionem non habet: quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetio (anno 238).

Cuius novi iuris contemplatione etiam Pomponii opinio D 36, I fr. 22 exposita (vide supra) interpolata est.

k) Videndum etiam est, de condictione eius, quod sine causa remissum est, quae sit Ulpiani sententia.

Quae condictio apud temporis classici iurisprudentes nihil aliud, quam condictio ob causam datorum est.

D 39, 6 fr. 24 Africanus libro nono quaestionum. Quod debitori acceptum factum esset mortis causa si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici: namque acceptilatione interveniente abitum ab iure pristianae obligationis eamque in huius condictionis transfusam <......?>

Acceptilatio sub condictione fieri non potest (D 50, 17 fr. 77) acceptilatio tamen mortis causa facta nihil aliud quam datio ob causam facta esse intellegitur.

(Similiter remissio obbligationis dotis causa facta quidam modus dotis dationis esse intellegitur, vide Deruburg Sokolowski Pand. 8 ed. vel II 869). Igitur si donator convaluerit pecuniam quasi ob causam datam condicere potest. Pecunia ob causam data nova obligatio nascitur; inde debitor non liberatur tempore, cuius lapsu pristina obligatio extincta sit.

D 12, 4 fr. 10. Javolenus libro primo ex Plautio Pal. 146. Si mulier et cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab [eo (?)] <ea (?)> pecunia condicetur, quia nihil interest utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.

Quod fragmentum scribae errore corruptum esse videtur, nam apud iurisprudentes temporis classici condicere ei [non ab eo] semper scriptum invenitur. Ceterum Javolenus similiter ac Africanus, acceptilatione dotis constituendae causa facta, sic rem habendam esse censet, ac si pecunia debita creditori soluta et denuo ob causam (id est dotis nomine) debitori data sit.

D 16, 1 fr. 8 Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum § 2. Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox

pro Primo apud creditorem eius, duas, intercessiones factas Julianus libro duodecimo digestorum, scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur (!) et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegetur [scilicet ut si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio (?) proinde [secundum hanc distinctionem in prima visione] ubi quasi debitrix delegata est <cum> exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret; [sed] condemnata, [vel ante condemnationem] <solutam pecuniam> condicere [utique] ei a quo delegata sit poterit [vel quod ei abest vel, si non nondum abest liberationem] § 3 Interdum intercedenti mulieri et [condictio competit] <actio restitutoria danda est> ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: [nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret] ..... § 7 Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit § 8. Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem quae ausilio senatus consulti munita est, potest ei condici, quasi non dedisset: quid enim interest, non det an talem det? non erit igitur actio utilis necessaria, cum condictio competat.

D 12, 4 fr. 4 Ulpianus libro trigensimo nono ad edictum. Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto liberatus.

In D 12, 4 fr. verba «potest dici condici posse» aut cuiusdam compilatorum interpolationis indicium aut scribae errore corruptela facta esse videntur; nihilo minus Ulpiani sententia supra exspositis Africani et Javoleni opinionibus conveniens est; acceptilatione propter futuram expromissionem facta pecunia a debitore soluta rursus ei a creditore ob causam futurae expromissionis data creditur; expromissore

igitur non dato pecunia propter causam non secutam condici potest. Idem Ulpianus D 16,1 fr. 8, § 8 sentit.

Longe aliud est, quando mulier contra senatus consultum Velleianum intercesserit; expromissione enim facta pristina obligatio extinguitur. Tempore iuris classici creditori actio pristina restitui solebat (actio restitutoria Sohm, Inst. ed 17, pag. 409, sq. D 16, 1 fr. 8 § 7, 11-13): quando autem mulier tacite intercesserat verbi gratia mutuam pecuniam accepit, acceptam alii datura, creditori actio adversus mulierem denegabatur et adversus eum, cuius gratia obligatio a muliere contracta esset dabatur (actio istitutoria vide Sohm ut supra D 16,1 fr. 8, § 14-15). Quae actio a praetore causa cognita aut denegabatur, aut dabatur, ut in ea re senatus voluntas servaretur (16,1 fr. 2, § 1).

Abolito tamen praetoris officio atque vetere ordine iudiciorum privatorum, cum iam praesides aut iudices pedanei secundum novum ordinem iudiciorum privatorum (ad instar cognitionis extraordinariae) ius dicerent etiam omnes formularum subtilitates abolitas esse et exceptionem non impetratae actionis sublatam esse constat C 2, 57 [58] C 1, 2). Pristina igitur intercessione mulieris extincta, actio creditori a praetore restitui non poterat, cum omnino nulla iam actio a praetore daretur; quaesitum est tamen, quomodo creditori subveniendum esset, praesertim cum iudex si quid a litigatoribus minus dictum esset, id ex officio supplere deberet C 2,10 [11] C 1. Receptum igitur est, ut creditor iam ipso iure id quod sibi ex obligatione extincta debitum sit, petere possit (obligatio ex variis causarum figuris). Cum autem tempore romano byzantino novo aliquo genere obligationis introducto nec ulla alia actione competente condictionem competere receptum esset, similiter et nostro casu receptum est ut creditor propter mulieris intercessionem pristina actione privatus id quod sibi ex obligatione pristina debitum esset, condicere posset. Similiter quando mulier ipsa intercessionis causa mutuam pecuniam acceperit, creditor secundum senatus consultum Velleianum actione adversus mulierem carens, actionem sibi adversus eum, cuius causa mulier intercessisset, in-

stituendam curabat. Cuius rei causa D 16, 1 fr. 8 § 2, 3 interpolata sunt. Novissimam sententiam in D 16 1 fr. 8 § 2, iam Faber interpolatam esse demonstravit; quae interpolatio collatione cum D 44, 4 fr. 7, § 1 in fine D 39, 5 fr. 2, § 4 in fine, D 12, 7 fr. 3, D 44, 4 fr. 5, § 5, D 46, 2 fr. 12 (vide supra) etiam evidentius fit, attamen «condicere ei» sine dubio ab Ulpiano scriptum est quaeritur tamen quid ex iure classico condici possit. Nostro enim casu creditor mulieris, cui quasi debitrix delegata spoponderat, neque doli mali exceptione summoveri poterat (cfr. supra sub «i» D 44, 4 fr. 7, § 1, 2 D 39, 5 fr. 2 § 2, 3) neque mandati contraria a muliere cum delegante agi poterat. quia quasi debitrix delegata erat; perinde pecuniam quasi ob iniustam causam (propter obligationem contra Senatus Consultum Velleianum contractum) solutam deleganti mulier condicere poterat.

Admissa condictione actorem liberari oportere intendente, nihil iam obstabat, quominus mulieri, quae quasi debitrix delegata intercesserit, condictio talis competeret, cuius rei causa fragmentum nostrum interpolatum est. In D 16, 1 fr. 8 § 3 verba «condictio competit» loco actionis restitutoriae interpolata sunt.

Condictionem igitur amissae sine causa obligationis non ab Ulpiano receptum, sed demum tempore romano byzantino introductam esse paret.

Sive obligatio (stipulatio) sine causa contracta, sive stipulatio omissa sive remissio obligationis sine causa facta condicitur, actor non aliquid sibi dari sed fieri oportere intendit. Quae res igitur veteri condictionis formulae aliquid dari oportere intendentis (Gai IV, 18-20), minime conveniens erat: inde receptum est, ut condictione actor non solum dari sed etiam fieri oportere intendere posset, cui rei, sublata in cognitione extraordinaria formulae subtilitate (C 2, 57 [58]), nihil iam obstabat.

Quam ob rem D 44, 7 fr. 25 pr. interpolatum est, ut omnis actio in personam, sive dandi sive faciendi obligationem per sequens, condictionis appellatione significetur.

D 44, 7 fr. 25 pr. Ulpianus libro singulari regularum.

Actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio, et in personam [quae condictio appellatur]: in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversum eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversum eundem locum habet. (Cf. Gai IV, 1-3, 5).

Etiam apud Gaium IV, 5, condictionis appellatione actiones in personam aliquid dari fierive oportere intendentes significatur: quae regula tamen Gai IV, 18 *cum* contraria sit (nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus *dari nobis oportere*); verbum igitur «fierive» in Gai IV, 5 similiter interpolatum esse videtur (vide infra).

Cum adhuc condictione petitor aut certam pecuniam aut certam rem sibi dari oportere intendebat, nova condictio (quodammodo condictio utilis) «condictio incerti» appellari solebat. Quod ad instar actionis ex testamento factum esse videtur; nam legatarius, cui per damnationem aut sinendi modo legatum erat, ex testamento agens aut certam rem ex testamento sibi dari oportere intendebat, aut «quidquid heredem ex testamento dare facere oportet» petebat. (Gai II, 204, 213 Lenel, Edictum ed. 2 pag. 354, 355). Priore casu certum, posteriore incertum petebatur. Recepta condictione possessionis, condictione indebite promissi, condictione liberationis condictio, haec ad similitudinem igitur actionis incerti ex testamento, etiam condictio incerti appellari solita est. Qua condictione incerti actor uti solebat, quando aut possessionem aut obligationem condicebat nam et rei restitutio et obligatio contrahenda sive rimittenda faciendi appellatione continentur (vide locorum, ubi condictionis incerti mentio fit, collationem apud Trampedach Zeitschrift der Savigny Stiftung vol. 17, pagina ultima operis Trampedachi atque apud Mayr Z. SS., vol. 25, factam (12).

Appendix ad b) — 1)

Et generaliter in Ulpiani *libris ad edictum* invenitur, condictio quae competit aut soli ei, qui dominus esse desierit (D. 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22 § 2), aut etiam domino cui res subrepta vel vi ablata sit (D 13, 3 fr. 1 § 1 D 13, 1 fr. 1, 8, 9, 10, 12) nec non condictio obligationis (D, 7, 9, fr. 7 pr. D 44, 4 fr. 7 pr. § 1 D 36, 4 fr. 1 D 4, 4 fr. 16 § 2 D 35, 3 fr. 3 § 10 D 12, 4 fr. 4 D 16, 1 fr. 8 §§ 2, 3, 8); in *libris vero ad Sabinum* etiam condictio possessionis fundi et condictio obligationis et condictio dandi atque faciendi (D 13, 3 fr. 2 D 13, 1 fr. 12 § 2, D 47, 2 fr. 25 § 1, D 45, 1 fr. 29 § 1) etc. inveniuntur, quarum in libris ad edictum nulla mentio fit. Libri ad Sabinum imperante Caracalla (Lenel Paling II pag. 1019 nota 2); libri vero ad edictum priores (I-L) sine dubio imperante Caracalla, posteriores autem utrum Caracalla imperante an imperantibus successoribus conscripti sint (vide Lenel Pal. II, pag. 421, nota 2) non liquet. Ceterum iam supra (§ 2, nota 9) notavi condictionem possessionis a Pomponio et Papiniano amnino non admitti; ab Juliano unico (D 43, 26 fr. 19 § 2) condictionem rei precario datae admitti; a Papiniano condictionem obligationis omnino non admitti (D 31, fr. 69, § 3 videctiam v. Mayr in Z SS vol. 25, pag. 191, nota 11). Multae etiam aliae controversiae apud Trampedach (Z SS vol. 17, pag. 126 sq.) atque v. Mayr (Z SS, vol. 24, 25) expositae inveniuntur. Quae igitur controversiae multarum interpolationem iudicium sunt, quibus demontrandis operam daturus sum.

2) Gaius

Etiam apud Gaium plures diversae, (nonnullae supra expositis Ulpiani opinionibus similes) sententiae inveniuntur.

a) Gaius IV, 18-20, atque 33 adfirmat condictione actionem aliquid nobis dari oportere intendentem significari, qui locus omni interpolationis vel glossematis suspicione

maior est. Quo loco Gaius et D 13, 7 fr. 22, § 2, D 12, 1 fr. 11, § 2 Ulpianus in unum consentiunt. Similiter in Gai III, 91, condictionis indebiti intentio «*si paret eum dare oportere*» invenitur. Eius, autem quod indebite factum est, condictio a Gaio non admittitur praesertim cum in condictionibus nullae fictiones adiungantur (Gai IV, 33). Notandum est similiter ab Ulpiano condictionem eius, quod indebite per errorem factum sit non admitti (D 16, 3 fr. 1, § 32).

Et convenienter apud Gaium II, 79 adfirmatur, demum ex re subrepta nova specie specificantis propria facta, rem subreptam furi condici posse, nam nemo intendere potest rem suam sibi dari oportere 13 «alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furit adversus eum, qui subripuerit, habere, actionem; nec minus adversus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen furibus [et quibusdam aliis possessoribus] possunt.

b) Gai IV, 5 « Appellantur autem in rem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari *fierive oportere* intendimus, condictiones.

Quae sententia maxime contraria est opinioni apud Gaium III, 91 IV, 18-20, nec non 33 expositae; quibus locis Gaius adfirmat condictione *certam rem aut certam pecuniam sibi dari oportere* ab actore intendi; contraria autem opinio, a Gai IV, 5 exposita, etiam apud Ulpianum D 44, 7 fr. 25 pr. D 45, 1 fr. 29, § 1 invenitur, quam opinionem neque Gai neque Ulpiani authenticam esse, sed novo iuri rescripto Valeriani introducto convenientem esse iam supra scripsi (14[a]).

Condictio non solum dandi sed etiam faciendi ab Justinianeis recepta est (cf. Gai IV, 5 atque Just. Jnst. IV, 6, § 15).

c) iam supra notavi verba « et quibusdam aliis possessoribus » (in Gai II 79 in fine » quia extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen furibus [et quibusdam aliis possessoribus] possunt ») authentica non esse, nam Gai palimpsestum Veronense multis glossematibus corruptum esse constat (vide infra nota 19): res vero extinctae a nemine

possideri possunt et ceterum res furtivas etiam condictioné rei suae admissa, soli furi non autem ceteris possessoribus condici posse constat, ideoque verborum « et quibusdam aliis possessoribus » interpolatio penitus absurda est. Quae verba tamen hoc animo et consilio interpolata esse videntur, ut aut condictionem etiam rei vi ablatae (cf, D 13, e fr. 1 § 1) aut etiam condictionem possessionis admissam esse doceant (cf. supra Ulpianum D 13,3 fr. 2 D 47, e fr. 25 § 1) In qua re maxime me movet, quod neque ceteris Institutionum locis ex Gai corpore excerptis condictionis possessionis ulla mentio fit. (De Gai IV, 4 infra tractavero).

Inde paret et in operibus Gai et Ulpiani plures diversas opiniones contineri; quod interpolationibus et glossematibus effectum est.

d) Nunc conferendi sunt duo loci Justiniani Institutionum de condictione rei furtivae tractantes, nec non Gai IV, 4.

J. IV. I § 19. (21

Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae persecuionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre, sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet: condictio autem adversus furem heredemve eius licet non possideat, competit. cf. etiam *D 25,2 fr. 24 Ulpianus libro quinto regularum*. Ob res amotas [vel proprias viri vel etiam dotales] tam vindicatio quam [condictio] viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione uti cf. *D 47,2 fr. 14 pr. Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum* (intp.)

J IV 6 § 14.

Sic itaque discretis actionibus certum est non posse *actorem rem suam* ita ab *aliquo* petere « si paret eum dare oportere »: nec enim, quod *actoris* est *id ei* dari *oportet, quia* scilicet dari cuidam id intellegitur, quod ita datur, ut eius fiat nec res, quae iam *actoris* est, [*magis*] *eius* fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, [*effectum*] est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur, » si paret eos dare oportere », quamvis sit adversus eos etiam haec [*in rem*] actio, per quam rem suam quis esse petit. 15).

Gai IV, 7

Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere si paret eum *dare oportere* nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod <ita datur ut> nostrum fiat : nec res quae <nostra iam est> nostra amplius fieri potest, plane odio furium, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur « *si paret eos dare oportere* » quamvis sit adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

J IV. 1 § 19 (21) multum igitur differt ab J IV, 4 § 14, quae, nunc superflua, omissione compilatorum non suppressa esse videtur: in J IV, 1 § 19 (21) nihil interesse videtur, utrum res furtiva condictione dari oportere intendatur, an condictione possessionis persequatur; in J IV, 7 § 17 vero expressis verbis intentionis « si paret eos dare oportere » mentio fit, quae quaestio magni fuit momenti, cum in iure temporis classici sola condictio *rem* (non autem possessionem) *dari* oportere intendens recepta esset (Gai IV 18 29); ex iure autem romano byzantino etiam condictionem faciendi admittente (vide supra), haec quaestio nullius iam est momenti, quia in ea etiam restitutio rei continetur 16).

Idem ius ac J IV, 1 § 19 (21) etiam in D. 25,2 fr. 24 invenitur: nam dominus rei amotae aut eam vindicare aut condicere potest nec quaeritur utrum res an possessio rei condicatur. Quod fragmentum sine dubio a compilatoribus corruptum est; verba enim [vel proprias viri vel etiam dotales] et [condictio] a compilatoribus scripta esse Riccobono

demonstravit (Dal diritto romano classico al diritto moderno Nr. 144 in Annali del Seminario giuridico della R. U. di Palermo vol. III-IV pag. 633).

Jam supra scripsi etiam in D 47,2 fr. 14 pr. apud Ulpianum libro vicensimo nono ad Sabinum mentionem condictionis furtivae cum rei vindicatione concurrentis inveniri; verba tamen [mandare... vera est] interpolata esse iam a Beselero (Beiträge III 189) demonstratum esse: haec igitur mentio condictionis cum rei vindicatione concurrentis iuri Justinianeo non autem iuri temporis classici conveniens est.

Sed etiam J IV. 4 § 14 et Gai IV, 4 multum inter sese differunt. In J IV 4 § 14 interpolata sunt verba «*in rem*» in sententia «..... quamvis sit adversus eos etiam haec *in rem* actio, qua rem nostram esse petimus»; quae verba «*in rem*» in Gai IV, 4 deficiunt. Notandum igitur est *non solum vindicatione, sed etiam ad exhibendum actione actorem intendere rem suam esse.* (Gai IV, 51). Ceteris Gai locis persaepe mentio vindicationis fit (exempli gratia Gai II 79 IV, 8 in fine); si vero in Gai IV, 4 non actionis in rem neque rei vindicationis, sed actionis, qua rem nostram esse petimus. mentio fit, Gaius non solum de rei vindicatione sed etiam *de actione ad exhibendam rem furtivam cogitare potuisse videtur.* Actionem ad exhibendum etiam adversus eum, qui dolo possidere desierit, igitur etiam adversus eum qui dolo alienaverit, consumpserit, effuderit, competere constat (D 10. 4 fr. 9 pr.), furem autem actione ad exhibendum teneri D 10, 4 fr. 12 § 2, D 47,7 fr. 8 § 2, D 12, 1 fr. 11 § 2 etc. ostenditur (17). Inde paret Gaio auctore (IV, 4) rem furtivam, quando dolo furis extincta sit etiam competente ad exhibendum actione, furi condici posse, (vide Gai II 79 in fine); sed omni ratione caret sententia existimantium Gaium IV, 4 docere dominum rem suam et vindicare et furi condicere posse.

Opinio nostra, rem suam furi condici non posse existimans, etiam ceteris locis comprobatur. Similis sententia et apud *Paulum D 25, 2 fr. 6 (libro septimo ad Sabinum)* invenitur. § 5. Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte ait, [quia an iniusta, causa apud eam essent]. In qua re notandum est, hereditatis petitione ex senatus consulto teneri etiam eum, qui ante litem contestatam dolo fecerit, quominus possideret (D 5, 3, fr. 25 § 2) Mentione igitur actionis ad exhibendum (etiam adversus eum, qui dolo possidere desiit competentis) facta nec non omissa mentione rei vindicationis, ostenditur Paulum ibi similiter de iis rebus cogitasse quas uxor marito amoverit et a se possideri neget aut ad quas exhibendas ex suo dolo teneatur. Mentio condictionis ostendit Aristonem et Paulum etiam de rebus ab uxore amotis, postea vero dolo uxoris extinctis cogitasse.

Ex iure Justinianeo constat eum qui rem dolo possidere desierit non actione ad exhibendum sed rei vindicatione conveniri posse (Sohm Jnst. ed. 17. pag. 308 nota 1). Ceterum in actione ad exhibendum multis ab Justiniano innovatis mentio eius actionis nostro loco (Gai IV, 4) supprimenda erat. 18) Cuius rei causa in J IV. 6 § 14 verba «in rem» hoc animo et consilio addita sunt, ut rei vindicationem, non ad exhibendum actionem significarent praesertim cum ex iure Iustinianeo etiam rei suae condictio competat (vide infra).

Inde paret iurisprudentes temporis classici longe aliud de condictione rei furtivae sensisse, quam compilatores Justinianei atque iurisprudentium operas nec non Gai Jnstitutiones non solum in Digestorum libris a compilatoribus, sed iam antea IV, V, VI saeculo paulatim corruptas esse. Qua re factum est, ut singuli loci ex eiusdem iurisprudentis operibus excerpti multum inter sese defferant. 19)

Juri temporis classici restituendo operam daturus opinor melius esse errare, quam propter nimias difficultates nostram rem praeterire.

In quibus studiis meminisse etiam oportet iurisprudentes temporis classici solito esse scribere «condicere» rem alicui; verba «condictione experiri», persaepe, verba «condictio competit» plerumque interpolationem suspicere iubent; prae-

terea notandum est iurisprudentes temporis classici saepissime de condictione ex causa furtiva scribere solitos esse (cf. D 13, 1 fr. 2); condictionis vero furtivae appellatione saepissime Justinianei uti solent.

§ 3. *De actione rerum amotarum.*

Antequam de condictione ex causa furtiva dispiciamus, videndum est, quid de actione rerum amotarum statutum sit. Actio rerum amotarum a praetore introducta esse videtur; initio enim fur, si actione furti condemnatus aut pro fure damnum decisum esset, ad restitutionem rei subreptae non tenebatur (vide Mommsen Römisches Strafrecht pag. 757 sq.); postea demum vero receptum est ***nihilominus*** rem subreptam vindicari posse (20). Jam supra (§ 2) notavi rem etiam dolo furi extinctam vindicari non posse; similiter is, qui negabat, rem subreptam a se possideri, ad suscipiendam rei vindicationem a praetore compelli non poterat. Qua re factum est, ut persaepe vir rem ab uxore amotam vindicare non posset. Actionem autem furti famosam esse constat ideoque a praetore viro adversus uxorem denegari solitam esse (cf. Gaius D 25, 2 fr. 2.) Quam ob rem praetor actionem rerum amotarum edicto suo proposuit (Mommsen Römisches Strafrecht pag. 759) 22). Inde paret rem furtivam tempore, quo actio rerum amotarum a praetore introducta sit, condici non potuisse, nam condictio (etiam condictio ex causa furtiva) actio famosa non erat, igitur condictione rei furtivae admissa nihil obstaret, quominus re amota uxori condiceretur et actio rerum amotarum superflua esset. 23) Similiter actio ad exhibendum actione rerum amotarum posterius introducta esse videtur.

Quae res nobis a *Paulo D 25,2 fr. 1) libro septimo ad Sabinum*) relata est. Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse...

Actionem rerum amotarum praetor initio marito soli adversus eam, quae uxor fuit (Paulus D 25, 2 fr. 1) postea

demum etiam uxori adversus maritum concessit (Ulpianus D 25,2 fr. 11 pr.)

Initio actione nostra res divortii tempore amotae continebantur; postea receptum est, ut omnes res durante matrimonio divortii causa subreptae rerum amotarum actione peti possent (D 25,2 fr. 3 § 3 D 25,2 fr. 6 pr. D 25,2 fr. 17 § 1) Inde paret divortii tempore amotas omnes eas res intelligendas esse, quae clam amotae sint, etiam tempore nuptiarum, nam si altero coniuge sciente auferuntur, consensu eius auferri videntur.

Ceterum iam supra scripsi rerum amotarum actionem propter incommoda rei vindicationis et deficientem condictionem nec non actionem furti introductam esse videri; quaesitum igitur est, an rei vindicatione coniugi competente rerum amotarum agi posset. In qua re Ofilius (Servi auditor Caesaris amicus) censuit eas res actione rerum amotarum contineri, quas divortii tempore (24) mulierco mederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit (D 25, 2 fr. 3, § 3). Ulpianus autem et Labeo sentiunt mulierem rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit (D 25, 2 fr. 19 in fine).

Movet nos, quod Ofilio auctore mulier actione rerum amotarum propter res venditas aut donatas tenetur, quamquam eas maritus a possidente vindicare posse videtur. Plerumque tamen maritus nescit, ubi et apud quem sint, ideoque eas vindicare non potest, quamobrem actione rerum amotarum continentur. Sed interdum etiam res amotae, quae penes coniugem remanent, vindicari non possunt, nam iure ante iustinianeo ad suscipiendam rei vindicationem non teneri, nisi eum, qui aut fateatur aut convictus sit rem possidere (Maria in Études Girard, pag. 223 sq. praesertim pag. 228, 229).

Ideo etiam res amotae, quae apud mulierem sunt, dummodo mulier eas possidere non fateatur, actione rerum amotarum contineri videntur, quamquam earum apud Ofilium mentio omissa est.

Ceterae vero res, a muliere amotae, id est res, quas mulier possidere fateatur aut possideri convicta sit, vindicandae

sunt. Quae opinio demonstratur *D 25, 2 fr. 22* (*Julianus libro nono digestorum*).

Si propter res amotas agero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me quia dolo adquisiit possessionem respondi: qui litis aestimationem aufert, emptoris loco habendus est, ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est.

Quod fragmentum Juliani Ofilii opinioni non contradicit, nam Julianus tractat de rebus, quarum possessionem mulier celavit, (nam si res palam a muliere aufertur, amoveri non videtur) (D 25, 2 fr. 17, § 1; D 47, 7, fr. 8, § 1); quae res igitur vindicatione ab ea peti non potuerunt antequam probatum esset eas a muliere etiam litis tempore possidere. Litis aestimatione in actione rerum amotarum sublata, rem amotam mulier celare desinit ideoque maritus eam vindicaturus est.

Videndum etim est, quid *Ulpianus D. 25, 2 fr. 17, § 2*, (*libro trigensimo* < *quarto* > *ad edictum*) sentiat.

§ 2. «Non solum [eas] res» [quae extant] < consumptas > in rerum amotarum iudicium venire Julianus ait, verum etiam eas, [quae in rerum natura esse desierunt] <quas mulier donaverit, vendiderit aut celaverit> : [simile modo] <si vero extinctae sint etiam> [certi] condici eas posse ait. § 3. Quae viro suo res pignori datas amoverit, hoc iudicio tenebitur.

Juliani opinio D 25, 2 fr. 17, § 2 ab Ulpiano relata et probata, interpolationibus corrupta esse videtur, non solum, quia indicativus («extant» «desierunt») loco coniunctivi interpolationis indicium est, sed etiam quia Ofilii sententia (D 25, 2 fr. 3, § 3). Diocletiani rescripto comprobatur: quare ostenditur ius ab Ofilio expositum continuo usque ad Diocletiani tempore observantum esse.

C 5, 21, c 3. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Quartiqui. De rebus, quas divortii causa quondam uxorem

tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, quod si res extent, domini vindicatione uti non prohiberis (a, 290 vel 293) *D 25, 2 fr. 3, § 4,* (*Paulus libro septimo ad Sabinum*)..... sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit. *D 25, 2 fr. 4, Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum* dolove malo fecerit, quominus ad eum perveniret.

Quod Diocletiani rescriptum supra expositae opinioni non contradicit, nam res, quae extare probari possint, vindicandas esse et demum vindicatione non competente rerum amotarum agi oportere docet (25). Verba vero «quantum ad eos pervenit» nostro loco idem significant ac «quatenus locupletiores sunt facti» (cfr. Ulpianum in D 50, 16 fr. 171, Paulum in D 25, e fr. 3, § 4 in fine) nec re apud uxorem palam extante actio rerum amotarum competit alioquin novissima sententia «quod si res extent dominii vindicatione uti non prohiberis», superflua esset. Diocletiani constitutionis (C 5, 21, c. 3) nec non Ofilii sententiae (D 25, 2 fr. 3, § 3) collatio ostendit ius ad actionem rerum amotarum spectans continuo observandum esse; omnia vero fragmenta huic iuri non convenientia (veluti D 25, 2 fr. 17, § 2) interpolationibus corrupta esse. Cum recepta est regula res furtivas, dummodo extinctae sint, condici furi posse, nihil obstat, quominus etiam res amotae coniugi condici possint, nam rebus amotis furtum fit (D 25, 2 fr. 29) et condictio ex causa furtiva condemnatum famosum non facit 26). Quod primus *Aristo* Cassii auditor docuisse videtur D 25, 2 fr. 6, § 5. Aristo et condici ei posse [recte] putat [quia ex iniuxta causa apud eam] <dummodo extinctae> essent 27, quam sententiam etiam Paulus probat (D 25, 2 fr. 6, § 5). Rerum amotarum actio a condictione ex causa furtiva multo differt. In rerum amotarum actione «commodi quoque si quod amotis rebus amiserit vir ratio habenda est». (*D 25, 2 fr. 21, § 4. Paulus libro trigensimo septimo ad edictum*): in condictione autem ex causa furtiva sicut in ceteris stricti iuris actionibus sola vera

rei aestimatio praestanda est (cf. Sohm Institutionem, ed. 17, pag. 361 sq.). Denique heredes coniugis, qui *quaeve* actione rerum amotarum tenentur, non in solidum, sed quantum ad eos pervenit tenentur (C 5, 21, c. 3); condictione autem ex causa furtiva heres in solidum tenetur (D 13, 1 fr. 9, Ulpianus).

In iure romanobyzantino multa in ea re innovata sunt. Formulis et impetratione actionum sublatis (C 2, 57, [58] c. 1 et 2) nihil iam in iure romano-byzantino intererat, utrum actio in ius (verbi gratia condictio), aut in factum (verbi gratia actio rerum amotarum) concepta sit.

Ceterum constat ex iure romano bizantino omne, quod sibi debeatur, etiam alia actione competente, debitori condici posse: quae condictio generalis appellata est (vide infra § 6). Qua re factum est, ut actio rerum amotarum desuetudine paene abolita sit: nam loco actionis rerum amotarum res amotae a coniuge condictione peti solebant 28.

Frequentissimus usus condictionis (loco rerum amotarum actionis) *D 25, 2 fr. 24, (Ulpianus libro quinto regularum)* demonstratur. Ob res amotas [vel proprias viri vel etiam dotales] tam vindicatio, quam [condictio] <ad exhibendum actio> viro adversus mulierem competit, [et in potestate est, qua velit actione uti].

Quod fragmentum interpolatum esse Riccobono (Diritto class. 144, Annali del Seminario giur. di Palermo, vol. III-IV, pag. 633), demonstravit 29.

Cum tamen rerum amotarum actio et condictio ex causa furtiva multum inter sese iure damn differrent compilatores Justinianei in exaequandis ei operam dedunt.

In actione rerum amotarum « commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda » fuerat (Paulus D 25, 2 fr. 21, § 4) et condictione ex causa furtiva sola vera rei aestimatio peti solita erat; compilatores vero statuerunt, ut etiam condictione furtiva quanti actoris interesset, peti posset (vide infra § 6).

Actione rerum amotarum heredem, quatenus ad eum pervenerit condictione vero in solidum teneri receptum erat

(vide supra) compilatores Justinianei statuerunt, ut etiam actione rerum amotarum heres in solidum teneretur; cuius rei causa *D 25, 2 fr. 6, § 3, (Paulus libro septimo ad Sabinum)* interpolatam est.

.... Item heres mulieris ex hac causa tenebitur [sicut] <quantum ad eum pervenit, aliter atque> condictionis nomine ex causa furtiva.

Idem dicendum est de *D 25, 2 fr. 21, § 5 (Paulus libro trigesimo septimo ad edictum).*

§ 5. Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur sicut et condictio [furtiva: praeterea et heredibus competit] <heredes autem, quatenus locupletiores sint facti, tenentur> 30.

Quibus fragmentis cum C 5, 21, c 3 collatis, interpolatio evidens fit; ceterum condictionis furtivae appellationem semper interpolationis suspicionem inducere iam supra scripsi.

Qua re igitur factum est, ut apud Justinianum, omni differentia inter actionem rerum amotarum et condictionem ex causa furtiva sublata, sola rerum amotarum actionis appellatio superesset.

Cuius rei intuitione interpolatum est etiam *D 25, 2 fr. 26, Gaius libro quarto ad edictum provinciale.* Rerum amotarum actio < simulac > condictio [est] < rei persecutionem continet, sed multum inter sese differunt (?) >. Quod fragmentum a compilatoribus corruptum esse iam Faber, postea Biondi (Actiones arb. 158, nota 65) nec non Riccobono (Archivio del Sem. giur. d. R. U. U. Palermo, vol. III-IV, pag. 633) demonstraverunt. Ego quidem puto mentionem iam interdum abolitae differentiae a compilatoribus *suppressam esse*, quae res ostendit ambas actiones omnino exaequatas esse. Praeterea constat compilatoribus Justinianeis placuisse, quam plurimis actionibus reum teneri, quo securius actor ius suum persequi possit; cum igitur ex iure romano byzantino solum rei vindicatione deficiente rerum amotarum agi poterat, compilatores Justinianei etiam rei vindicatione competente rerum amotarum agi posse statuerunt (31), cuius rei causa et *D 25, 2 fr. 17, § 2* (vide supra) nec non *D 25, fr. 18, fr. 24, fr. 25 etc.* interpolata sunt (32).

Compilatores Justinianei denique caverunt, ne omnino alter coniux cum altero furti ageret, ne quidem si furtum ante nuptias factum esset aut si alter coniux heres eius, cui ab altero coniuge subtracta res esset, fieret. Cuius rei causa in *D 25, 2 fr. 3, § 2*, interpolata sunt verba [tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus]. Quae verba praecedentibus Pauli authenticis verbis contradicunt, nec non propter appellationem « furtivam....... condictionem competere » (vide supra § 2 in fine) interpolationem suspicere iubent.

§ 4. *Quomodo regula statuens, id quo reus sine iusta causa locupletior factus est, condici posse recepta sit.*

Iam supra scripsi (§ 1) condictionem initio pecuniae ex mutuo creditae petendae causa introductam esse: postea demum vero receptum esse, ut etiam id quod ex stipulatione aut ex expensilatione debeatur, condici possit; denique quia in condictionis intentione nulla causae debendi mentio fit, receptum est, ut quod ex qualibet causa debeatur, condici possit, dummodo ex iure civili certam rem aut certam pecuniam dari oporteat; quae restrictio propter tenorem legis Siliae et legis Calpurniae necessaria est. Cum et ususfructus ex iure civili constitutus et servitutes ex iure civili constitutae quodam modo res incorporales esse creduntur, receptum est, ut etiam et ususfructus et servitutes quasi res incorporales condici possint. Cfr. D 46, 3 fr. 95, § 6 (Papinianus) D 12, 2 fr. 11, § 2 (Ulpianus) fr. 30, § 5 (Paulus) D 45, 1 fr. 75, § 3 (Ulpianus) fr. 136 (Paulus) D 8, 3 fr. 19 (Paulus).

Interdum iurisprudentium auctoritate recepta est opinio statuens eum qui sine iusta causa dominus rei sit, ex iure civili teneri, ut eius rei dominium in eum, qui rei dominus sine iusta causa esse desierit, transferat, exempli gratia quando ex negotio indiscreto (quod hodie abstractum appellari solet) res sine iusta causa datur etc. (32 a) is igitur, qui sine iusta dominus rei esse desiit, rem de qua agitur, reo

condicere poterat, (cfr. Gaius, D 24, 1 fr. 6) quia nulla in formulae condictionis causa debendi expressa, nostro etiam casu condictio competebat. Quae condictio hodie lingua moderna actio eius, quo reus sine iusta causa locupletior factus est, (arricchimento ingiusto) persequendi causa comparata appellari solet.

Quaeritur tamen, quae Sabini in hac re sententia sit. *D 12, 5 fr. 6* « *Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Pal. 2591.* Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est ». Idem et *Papinianus* docet *D 12, 6 fr. 66* (*libro octavo quaestionum Pal. 148*). Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius *apud alterum sine causa* deprehenditur, revocare consuevit.

Plurimi aequales nostri putant initio datione rei etiam restitutionem contineri (vide supra § 1) ideoque et veteres et Sabinum existimasse actorem nonnunquam rem suam possessori condicere posse: Proculo demum auctore receptum esse dationem rei ita intelligendam esse, ut res accipientis fiat et ideo rem nisi alienam condici non posse (D 12, 4 fr. 15).

Quae opinio reprobanda est. Iam supra (§ 1) exposui dationem ab initio talem intelligendam esse, ut res accipientis fiat. Ceterum D 32 fr. 29, § 3, D 47, 2 fr. 25, § 1 ostenditur iam Labeonem docuisse solam talem dationem intellegendam esse, ut res accipientis fiat.

D 32, fr. 29, § 3. Labeo libro secundo posteriorum ab Javoleno epitomatorum. Si heres tibi servo generaliter legato Stichum [tradiderit] < mancipaverit > isque a te evictus fuerit, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederit, ut haberi non possis et hoc verum puto.....

Servo generaliter legato neque optione servi relicta legatum per damnationem id est verbis « dare damnas esto » relictum) esse videtur. Heres servum legatario mancipio dedit (attamen, mancipationis a compilatoribus suppressa esse videtur); si postea servus evictus sit, non datus esse Labeoni

videtur, nam hoc loco «dare» sic intellegendum esse Labeo putat, ut non solum res accipientis fiat sed etiam ut *eo haberi possit*, id est noxis pignoribus etc. soluta sit.

Si vero Labeo existimavisset datione rei etiam restitutionem contineri, procul dubio putavisset, etiam fundum, unde quis vi deiectus sit, condici posse ei qui deiecerit, attamen D 47. 2 fr. 25, § 1 Labeo negat fundum condici posse (32 b).

Denique et si veteres atque Sabinus putavissent dominum rem suam possidenti ex iniusta causa condici posse, nunquam opinio eorum D 12, 5 fr. 6 exposita e Celso Proculeianorum capite, Sabino multo posteriore, probata esset. Idem etiam et de Papiniano dicendum est, praesertim cum apud Papinianum neque condictio possessionis neque condictio obligationis admissa sit (vide supra § 2).

Inde paret non solum Celsum, Papinianum, Ulpianum, sed etiam Sabinum existimasse soli domino rem condici posse. Quae opinio nostra etiam D 7, 5 fr. 5, § 1 comprobatur. *D 7, 5 fr. 5 Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Pal. 2591*, § 1. Si pecuniae sit ususfructus legatus [vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt] nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia quae data sit, [vel ceterae res quae in absumptione sunt] condici possi[n]t. [sed si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione: sed si finito usufructu ipsam quantitatem] Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta esse videtur.

D 12, 5 fr. 6 regula generalis exposita esse videtur: qua regula opinio Ulpiani D 7, 5 fr. 5, § 1 exposita nititur ideoque utroque loco eorundem iurisprudentiam (Sabini Celsi) mentio fit (33).

Quae res ostendit Ulpianum et Celsum et Sabinum D 12. 5 fr. 6 docere soli domino rem condici posse; superfluum tamen iis videbatur expressis verbis id cavere, quia iam formula condictionis intenditur rem actori dari oportere. Idem etiam et de *Papiniano (D 12, 6 fr. 66)* dicendum est.

Quae autem vis sit verborum D 12, 5 fr. 6 «quod ex iniuxta causa *apud aliquem sit* posse condici» fragmento D 50, 16, 63 (*Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum*) nobis ostenditur: «Penes te» amplius est, quam «apud te»; nam apud te est quod qualiter, qualiter a te teneatur: penes te est quod quodam modo possidetur. Inde paret solas res pecuniasve quae et *in rei dominio* (34) sine iusta causa sint et ab reo teneantur (35 a) condici posse: si autem haec res pecuniave a reo teneri desierint, cessare condictionem. Quae regula iuris favore debitoris recepta est, nam alioquin plus, quam quo locupletior factus est, praestare teneretur: finge enim: dominio alicuius rei sine iusta causa a Titio adquisito hanc rem a Titio donatam aut commodatam esse. Si, priusquam donatio rescissa esset, Titius, quanti ea res esset condemnaretur, sine dubio plus quam quo lucupletior factus erat, praestare cogeretur, ideo cessat condictio (36), ne Titius contra aequitatem condemnetur. Donatione autem rescissa aut re a commodatario restituta denuo res incipit deberi atque Titio condici potest (37). Eandem regulam etiam Julianus (D 12, 6 fr. fr. 32 pr.) de condictione indebiti tractans, sequi videtur.

Quaeritur tamen, quae Proculi sententia sit, praesertim cum D 12, 4 fr. 15 Labeo et Proculus dissentire videantur (38).

Notandum est inprimis condictionem a Proculo denegari, quando servus quaestionis habendae causa traditus (non mancipatus), ab eo, qui accepisset, quasi in facinore deprehensus praefecto vigilum traditus atque supplicio adfectus sit, Labeonem autem existimasse servum ei, cui quaestionis causa traditus sit, condici posse. Labeonis sententia et Gai opinio 11 79 exposita inter sese congruunt; neque Labeo neque Gaius 11 79 docent dominum rem suam condicere posse, sed existimant eum, qui dolo alterius dominus esse desierit, alteri rem de qua agatur condicere posse, non ut res sibi detur (quod iam propter interitum rei impossibile est) sed ut quanti res sit condemnetur. Sic igitur damnum dolo datum resarciendum est. Quae interpretatio nostra eo magis probanda esse videtur, quod et condictio, si ex alia causa debatur, dolo rei perpetuatur (vide infra). Proculus vero putat servum ei, cui

quaestionis habendae causa traditus sit condici non posse; servum condici tunc demum posse, si quaestionis habendae causa non traditus sed datus sit. Probabile videtur Proculum existimare servum, actione ad exhibendum competente, condici non posse; idem et Ulpianus D 12, 1 fr. 11, § sentit.

Proculus tamen et Labeo nec non Gaius in alia etiam re dissentire videntur. Constat veteres existimasse condici posse id, cuius reus sine iusta causa dominus sit, nec non id cuius actor sine iusta causa (nam dolo rei) dominus esse desierit: Julianum autem docuisse condici posse id quod ex *vitioso* negotio (veluti indebiti solutio, datio ob causam futuram, ob turpem vel iniustam causam etc.) eius, quocum agatur, factum sit (vide Trampedach Z SS. vol. 17 v. Koschembahr Lyskowski Condictio als Bereicherungsklage). Quam sententiam iam apud Proculum D 12, 4 fr. 15 inveniri puto: Proculus enim solum eum, qui ob causam dederit, cessante causa datum condicere posse ait.

Idem etiam ex D 12, 1 fr. 31, § 1 apparere videtur.

D 12, 1 fr. 31, Paulus libro septimo decimo ad Plautium, § *1.* Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio quod ad te pertinebat hominem paravit, qui mihi [traditus] <mancipatus> est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, in vicem me tecum acturum et hoc verum est: nam et Julianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori.

Evidens est Paulum, Cassium, Sabinum de homine mancipato tractavisse, cum ex empto venditor ad mancipandam rem mancipi teneretur: ceterum servo vendito et tradito exceptio rei venditae et traditae venditori non obstaret, quia alii (id est domino peculii) venditus et alii (id est servum furtivum bone fide possidenti) traditus est, mancipationis igitur mentio a compilatoribus suppressa est. Juliani opinionem D 19, 1 fr. 24, § 1 suppressam esse constat.

Notandum igitur est, Sabino et Cassio auctoribus servum vicarium te (id est dominum servi furtivi et peculii) mihi (id

est bona fide servum furtivum, possidenti) condici posse. Julianus autem non sine aliqua hesitatione putat mihi potius servum vicarium a venditore condici posse, ut postea a venditore secundum legem venditionis domino servi furtivi, qui servum vicarium e peculio domini comparaverit, mancipetur (39).

Julianus D 12, 1 fr. 31, § 1 Proculo D 12, 4 fr. 15 et D 12, 6 fr. 53 consentire videtur.

Movet me denique, quod nulla apud iurisprudentes romanos mentio diversarum Sabini et Proculi opinionum ad condictionem rei suae spectantium fit, quamquam in ceteris (etiam minoris momenti) rebus diversarum Sabinianorum et Proculeianorum sententiarum persaepe mentio fit, verbi gratia quando puer pubes fiat (Gai 1, § 196), qui novae speciei ex aliena substantia et materia factae dominus fiat (Gai 11 79, Just. J. 11. 1, § 25) an omnia indicia absolutoria sint, an permutatio quoddam genus emptionis venditionis sit etc. Notandum autem est dissensus Sabini et Proculi ad condictionem rei suae spectantis neque apud iurisprudentes temporis classici neque apud Justinianum ullam expressis verbis mentionem fieri et solum ab aequalibus nostris ex interpretatione D 12, 5 fr. 6 et D 12, 4 fr. 15 supponi.

Cuius rei etiam causa aequalium nostrorum opinio, potius vero hypothesis, haud probabilis mihi videtur.

Nunc videndum etiam est, an mora aut dolo condictio nostra perpetuari possit; constat enim condictionem, omnibus stricti iuris actionibus similem, dolo aut mora debitoris perpetuari (40).

Et generaliter in omnibus in personam actionibus moram fieri receptum est, cum debitor contra legem obligationis suae debitum non solvat: in condictione tamen id, quod reus locupletior factus est, repetente quaeri potest, quando mora fiat:

a) utrum ex momento, quo reus sine iusta causa dominium rei adquisierit, sive (ex iusta causa dominio rei adquisito), ex momento, ex quo iniuste dominium rei cessante causa retineat;

b) an ex momento, cum interpellatus (monitus) sit, ut solvat, aut iudicio conventus.

Sabini sententia demonstrat (D 12, 5 fr. 6) moram non fieri, antequam is, qui sine iusta causa dominium, adquisierit, interpelletur aut iudicio conveniatur, nam alioquin non liberetur, etsi res debita apud eum esse desierit, Sententia statuens moram fieri in hac condictione demum ex momento, ex quo reus aut interpelletur aut iudicio conveniatur, intuitione (favore) de bitoris recepta est, nam reus persaepe sine ulla culpa ignorare potest, se hac condictione teneri. Si tamen ex causa furtiva furi condicitur (41) recept um est, furem semper moram facere (D 13, 1 fr. 8 et 20, C 48, 2), nam furto commisso ignorare non potest, se condictione teneri.

§ 5. *De condictione ex causa furtiva.*

Quando furto damnum passus furi condicere possit, ex seguentibus fragmentis apparet:

1. *Si res re furtiva nova species facta* aut alio etiam modo extincta est:

a) *D 13, 1 fr. 13 Paulus libro trigensimo nono ad edictum. Pal. 467.* Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius (42) ait: ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est (43):

b) *D 13, 1 fr. 14, § 3, Julianus libro vicensimo secundo digestorum.* Idem iuris est uvis subreptis: nam et mustum et vinacia iure condici possunt;

c) *Gaius 11 79.....* sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem: nec minus adversus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus [et quibusdam aliis possessoribus (?)] (44) possunt.

Vide etiam *D 13, 7 fr. 22, § 2 Ulpiani* (supra § 2).

Condictio ex causa furtiva, quae nova specie facta domino subreptae substantiae competit, recepta est intuitione diversae Proculeianorum et Sabinianorum opinionis. Proculeiani docuerut novam speciem specificantis fieri, Sabiniani autem in dominio eius, cuius materia fuerit, novam speciem remanere. Quam ob rem Sabiniani putant novam speciem ex re subrepta factam a fure vel ab alio possessore vindicari posse (Gai 11 79), Proculeiani autem rem subreptam specificatione iam extinctam esse, inde vindicari non posse affirmant. Ne tamen Proculeianorum sententia ei, cui res subrepta est, durior, furi autem benignor sit cavetur, ut ei, cui materia subrepta est, condictio novae speciei inde factae adversus furem competat. Cum Fulcinius, Labeonis aequalis, dominum subrepti argenti ex causa furtiva pocula condicere posse putet (D 12, 1, 13), procul dubio est, iam Labeonem docuisse, pocula ex subrepto argento facta specificantis fieri: Fulcinium autem curavisse ne Labeonis sententia domino rei subreptae durior Sabini opinione esset.

Quam sententiam Fulcinii Juliano et Paulo probari apparet.

Gaius autem J 11 79 in fine longe aliud condicendum esse, sentit; nam non novam speciem sed extinctam materiam furi condicendam esse docet; quae differentia magni est momenti. Cum nova species furi condicitur, fur rem, qua locupletior factus est, actori dare compellitur (sed impensas tollere nequit cf. D 13, 1 fr. 13); cum autem extincta materia et substantia furi condicuntur, fur ad dandam rem, quae iam in rerum natura esse desiit, dare compellitur, neque interest, utrum ex subrepta materia nova species facta sit, an subrepta res a fure consumpta sit (cf. D 13, 7 fr. 22 § 2, C 9, 32, c 4 § 2), an vero sine lucro furis (veluti terrae motu, incendio, naufragio) extincta sit 45) inde fit, ut fur ad praestandam veram aestimationen rei subreptae damni resarciendi causa condemnetur. Quo casu rei vindicationem non competere certum est, nam ex iure temporis classici res a solo possessore, non autem ab eo, qui dolo possidere desiit, vindicari possunt (vide Siber die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, pag. 11 sq.). Persaepe tamen accidit, ut res subrepta a fure aut celetur aut alienata sit; si res apud furem celatur, dominus eam ne a fure quidem vindicare potest, nam is

solus ad suscipiendam rei vindicationem compelli potest, qui aut fatetur aut convictus est rem possidere (vide Maria in Études Girard, pag. 223 sq. praesertim, pag. 228, 229): Quibus casibus tamen deficiente rei vindicatione ad exhibendum agi potest 46). Notandum tamen est aestimationem rei subreptae damni resarciendi causa etiam actione ad exhibendum peti posse, nam fur sive possidet sive possidere desiit, semper rem contrectat ideoque dolo facit. Is tamen cui res condicitur, ad praestandam veram aestimationem rei condemnandus est, in actione ad exhibendum, si arbitrio iudicis actori res non restituitur, quantum actor in litem iuraverit (D 12, 3 fr. 2) reus condemnandus est. Ceterum ad exhibendum cum fure agenti aliud probare necesse est, aliud is qui furi rem furtivam condicit. Ad exhibendum agenti incumbit probatio rem suam (Gai IV, 51) a reo possideri, aut dolo eius factum esse. quominus possideret igitur adversus furem semper competit; ex causa furtiva condicenti necesse est probare, *a*) rem suam sibi a reo subreptam esse atque, *b*) aliquod factum esse, quo res extincta sit exempli gratia rem subreptam specificatam, consumptam etc. esse.

Quaeritur tamen, an actione ad exhibendum competente, res subrepta furi condici potest. In qua re diversae iurisprudentium opiniones inveniuntur. Gaius (J IV, 4) actione ad exhidendum competente, nihilominus rem subreptam furi condici posse existimat. 47). Ulpianus vero (D 12, 1 fr. 11 § 2), Proculus (D 12, 6 fr. 53), Pomponius (D 12, 4 fr. 15) condictionem ex causa furtiva solum deficiente actione ad exhibendum competere.

Denique videndum est, quid iuris sit, quando altera res subrepta alteri adiuncta accessionis loco cedit. In qua re multum inter sese non solum Sabinianorum et Proculeianorum, sed etiam singulorum iurisprudentium opiniones differre constat.

aa) Quidam sentiunt rem alteri adiectam, eius, qui alterius rei dominus sit, propriam fieri nec dissolutam in pristinum dominium reverti; qui iurisprudentes ei, qui dominus rei adiectae fuit, non rei vindicationem, sed actionem ad

exhibendum (dummodo dolo eius, qui adiecierit, factum sit) competere aiunt (Ulpianus D 10, 4 fr. 7 pr. § 1, 2 D 47, 3 fr. 1); condictio vero rei adiectae ab Ulpiano ei, qui dominus fuit, hoc solo casu conceditur, quo res non voluntate hominum sed vi naturae alteri adiecta est veluti arbores, quae vi fluminis importatae fundo coaluerunt (vide supra D 12, 1 fr. 45, 2 intp.); tunc enim ad exhibendum agi non potest et Ulpianus condictionem solum actione ad exhibendum deficiente competere sentit (D 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22 § 2 atque supra § 2); iurisprudentes autem, qui etiam actione ad exhibendum competente condictioni locum esse putant (cf. Gai IV, 4) procul dubio *propter furtum* rem adiectam furi condici posse existimant.

bb) Quidam vero sentiunt rem adiectam nihilominus in pristino dominio manere ideoque eam (excepto tigno iuncto propter legem XII tabularum) vindicari posse: quorum opiniones praecipue in Digestorum libris inveniuntur. Cum rei vindicatione competente condictioni ex causa furtiva locus non sit, iurisprudentes supra expositam opinionem secuti etiam rem adiectam a domino condici non posse existimant; quam ob rem in Digestorum fragmentis nulla mentio condictionis rei subreptae atque alteri adiectae invenitur; si vero ex iure temporis classici dominus rei subreptae rem suam furi condicere posset, mentio condictionis rei subreptae atque alteri adiectae in Digestorum libris frequentissima esset.

(Si tignum *furtivum* alienis aedibus iunctum est, actione de tigno iuncto duplum peti posse constat *D 6, 1, fr. 23 § 6*. Quam actionem mixtam esse quidam putant *Paulus D 6, 1 fr. § 23 6, D 10, 4 fr. 6;* qui soluto duplo nihil amplius peti posse sentiunt. Quidam tamen actionem nostram solius poenae persequendae causa comparatam esse putant exempli gratia *Ulpianus D 10, 4 fr. 7 pr. § 1, 2 D 47, 3 fr. 1, etc.*; quomodo secundum eorum opiniones res ipsa persequenda sit, supra exposui 48).

2. — *Quando quis indebitum solutum sciens in fraudem solventis accipit.*

a) D 13, 1 fr. 18, Scaevola libro quarto quaestionum. Paling. 148). Quoniam furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat, et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva : sed et me condicere si ratum habeam quod indebitum datum sit, sed altera condictione altera tollitur (cf. D. 12, 4 fr. 14 et D 12, 6 § 1, 2).

Apud Scaevolam similiter furtum passus dominus nummorum esse desinit nam nummi voluntate solventis accipientis fiunt. Cum autem is, cui furtum factum sit, vindicare nummos non possit, condictio ex causa furtiva ei conceditur, videndum tamen est, cur non condictio indebiti sed ex causa furtiva competat. Inprimis notandum est condictionem ex causa furtiva tempore priorem, condictionem autem indebiti posteriorem esse 49), ceterum condictio indebiti reo benignior est, cum fur semper in mora esse censetur. Interpretationi tamen nostrae fragmenti D 13, 1, 18 fragmenta D 47, 2 fr. 43 pr., fr. 44 pr. contradicere videntur.

D 47, 2 fr. 43 pr. Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum Paling 2869. Falsus creditor [hoc est is, qui se simulat creditorem] si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.

D 47, 2 fr. 44 pr. Pomponius libro nono decimo ad Sabinum. Paling 669. Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt.

Cf. etiam *D 47, 2 fr. 80 [81]* § *5-7* (*Papiniani*) *C 6, 2, c. 19, C 4, 5, c 8 (Diocletiani)*

Secundum Ulpianum et Pomponium si pecunia falso creditori vel falso procuratori solvendi causa traditur, nummi falsi creditoris vel procuratoris non fient, scilicet ob deficientem iustam causam traditionis; secundum vero C 4, 5, c 8

ei, qui solvit, condictio indebiti competit; inde paret Diocletianum existimare nummos solutos falsi procuratoris factos esse. Illud igitur notandum est traditione pro emptore sine iusta causa accipientis rem non fieri, traditione autem pro soluto ex stipulatu rem accipientis fieri et generaliter distinguendum esse ex qua causa traditio fiat (vide Rabel in Holtzendorffs Enzylopädie ed. 7, vol. 1, pag. 440-441, § 39). Pecunia autem, quae scienti indebite soluta, ideoque traditione accipientis non erat facta, tamen postea accipientis fit, si cum pecunia eius ita mixta est, ut discerni non possit (vide infra sub 3). Praterea scienti indebite res aut mancipio dari aut in iure cedi potest; quod quanquam sine iusta causa fit rem accipientis facit; quae res igitur accipienti ex furtiva causa condici potest.

3. — *Si nummi subrepti cum nummis furis ita mixti sunt, ut discerni non possent et inde furis facti sunt* (Gaius et Javolenus in D 46, 3, 78).

C 4, 8, 1 Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Hermogeni. Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit (a 294).

Ibi similiter condictio furtum passo conceditur, ne fur lucrum faciat, si subrepta pecunia cum sua mixta atque inde ei dominium subreptae pecuniae adquisitum est. De eadem re etiam C 6, 2, c 1 tractare videtur:

Imp. Severus et Antoninus A. A. Theogeni. Si pecunia tua mandantibus servis quidam praedia comparaverunt, eligere debes, utrum furti actionem et condictionem an mandati potius inferre dabeas, neque enim aequitas patitur, ut et criminis causam persequaris et bonae fidei contractum impleri postules (a 200).

Quo casu subrebta pecunia cum alia venditoris pecunia

mixta ideoque eius esse cui subrebta esset, desiisse videtur: igitur condici potest.

In qua re tamen Paulus aliud sensisse videtur *D 12. 6 fr. 15* (*Paulus libro decimo ad Sabinum*), § 1. Sed et si nummi alieni <a me> dati < commixtione accipientis facti > sint, [condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem] < non est dubium, quin accipienti cessante causa condicam, ipse autem ei, qui dominus fuit, tenear >.

Quod fragmentum tamen interpolationibus corruptum esse evidens est; cuius rei indicium sunt vitiosa consecutio temporum [« si... dati sint... competet »] nec non omissio alterius « vel » [« ut vel possessio eorum reddatur... »] etc.

Paulus procul dubio sentit nummos commixtione accipientis factos esse (D 46, 3 fr. 78) (49 a) ideoque, a solvente condici posse) D 39, 6 fr. 13 pr. fr. 33); alioquin a dominio [non autem a tradente] vindicandos esse; admissa condictione possessionis omnes Pauli distinctiones et restrictiones in hac re a compilatoribus suppressa sunt.

4. — *Qando furtum usus fit.*

D 47, 2, 77 pr.

Qui re sibi commodata [vel apud se deposita] usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur [sed nec depositi ullo modo tenebitur]: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium. Pal. 321.

Qui re sibi commodata usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum 50.

D 13, 1, 16.

Qui furtum admmittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur, [quae differet ab] actione commodati [hoc, quod], etiamsi sine dolo malo et culpa eius (!) interierit res [condictione tamen tenetur], cum [in commodati actione non facile ultra culpam et] in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Idem eodem loco Paling. 321.

Qui furtum admmittit vel re commodata vel deposita utendo condictione quoque ex furtiva causa obstringitur <ut aestimationem improbi usus non autem rei ipsius solvat 51, sed si in commodato custodiam aut aestimationem praestare debet> 52, actione commodati < tenetur, quanti actoris intersit rem recipere > etiamsi sine dolo malo aut culpa eius interierit res cum in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur 53.

Interpolationes in D 47, 2 fr. 77 pr. a De Ruggiero demonstratae atque in editione Digestorum Mommsenikrügeri adnotatae sunt. Interpolationes in D 13, 1, 16 nondum demonstratae sunt. Quod fragmentum tractat de furto usus cf. *Gai III, 195.* Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat 196. Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset, 197. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum

credant, extra furti crimen videri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.

Dig. 47, 2 fr. 1 § 3. Paulus libro trigensimo nono ad edictum Paling. 563. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve quod lege naturali prohibitum est admittere.

Furti usus appellatio fortasse Pomponio et Gaio posterior videtur quia fur ibi ad similitudinem furti rei tenetur, *aa*) et actione furti, ut poenae nomine duplam aestimationem subrepti usus solvat, *bb*) et condictione ob causam furtivam, ut aestimationem subrepti usus solvat. Haec cotio endicx causa furtiva necessaria videtur, ne alioquin fur subrepto usu lucrum faciat (finge furem deposita re improbe usus lucrum fecisse; alioquin re conducta ad mercedem solvendam locatori teneretur). Commodatarium vero actione commodati (non condictione) teneri, ut custodiam aut aliquando etiam aestimationem rei praestet, demonstratur *D 13, 6 fr. 5* § 2. *3* (*Ulpianus*) *et Gai III, 203-206.*

Verba D 13, 1 fr. 16 « quae differet hoc, quod » non a iurisperitis classici temporis, sed a byzantinis scripta esse videntur. In verbis D 13, 1 fr. 16 « etiam sine dolo malo et culpa eius (!) interierit res », quae persona verbo « eius » demonstrari possit, nescio, cuius personae igitur antecedens demonstratio interpolatione suppressa esse videtur. Mentio actionis depositi, in fine fragmenti D 13, 1, 16 facta, sine dubio authentica est, nam omissione compilatorum intacta manserunt haec verba « in depositi non ultra dolum malum tenetur », quamquam Justinianus depositarium etiam culpam latam praestare statuerat. Mentio autem actionis commodati, quae verbis « in commodati actione non facile ultra culpam et » continetur a compilatoribus facta esse videtur cum iam supra mentio actionis commodati a Pomponio facta sit, et compilatores, commodatum depositumque similibus regulis iuris regi volentes, persaepe mentionem commodati in fragmentis de deposito tractantibus etc. interpolaverint (De Ruggiero in Bull. Istituto di diritto romano 19, 72).

Mentionem custodiae atque aestimationis compilatores,

nolentes aliquem ultra culpam teneri, supprimere soliti sunt. Ne tamen suppressa mentione custodiae et aestimationis ius furi benignius fieret, compilatores iusserunt furem, etsiamsi res sine culpa furis interierit, condictione ad solvendam aestimationem rei cum omni causa (vide infra § 6) teneri, cuius rei causa suppressa sunt a compilatoribus verba « ut aestimationem improbi usus, non autem rei ipsius solvat » (54).

Quando is, cui furtum factum sit, ex causa furtiva furi condicere possit, lector supra expositum habet; dominio autem rei subreptae non amisso ei, cui furtum factum est, condictio ex causa furtiva non competit. Opinioni nostrae D 15 1 fr. 3 § 12 (Ulpianus) non contradicit, nam affirmat furto facto condictioni locum esse posse, minime autem adfirmat eum cui furtum factum sit, etiam dominio rei subreptae non amisso, condicere posse. Idem etiam de alio fragmento ex Ulpiani corpore excerpto dicendum est. *D 47, 8 fr. 2 § 26* (*Ulpianus libro quinquagensimo sexto ad edictum*). Rerum raptarum nomine etiam furti vel damni iniuriae vel condictione agi potest vel certae singulae res vindicari possunt.

Ulpianus enim enumerat actiones, quae rerum raptarum nomine competere possunt sed ne ullo verbo adfirmat etiam dominio rei raptae non amisso rem vi raptam condici posse, *cf. Gai IV, 8.* Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit, *cf. etiam D 47. 2 fr. 55 [54]* § *3, Gaius libro tertio decimo ad edictum provinciale*). Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei reciperationem, apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli; sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.

Idem fere et de Pauli sententia dicendum est. *D 27, 3 fr. 2 (Paulus libro octavo ad Sabinum Pal. 1785).* Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. § 1 Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur, utraque autem actione obli-

gatur et altera alteram non tollet, sed et condictio ex furtiva causa competit, [per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo].

Novissima verba huius fragmenti authentica esse non videntur. Verba « si consecutus fuerit... quod fuerit ablatum tollitur » « quia nihil absit » non a Paulo scripta esse, sed a compilatoribus hoc animo interpolata esse videntur, ne tutor et actione de rationibus distrahendis et condictione ex causa furtiva conventus his aestimationem rerum ablatarum solvere cogatur. (Quomodo tempore iuris classici tutori subveniretur vide Levy, Die Konkurrenz der Klagen und Personen). Verba tamen « sed et condictio ex furtiva causa competit » authentica esse videntur, praesertim cum « condictio ex furtiva causa » apud solos temporis classici iurisprudentes inveniatur.

Quia fragmento nostro de pecuniis corporibusve iam aliquot annis ante ablatis vel consumptis vel alio modo extinctis tractatur, idcirco eas condici (non autem vindicari) posse Paulus sentit.

Idem fere *Paulus* docere videtur *D 47, 7 fr. 8* (*libro trigensimo nono ed edictum*) § *1.* Furtim arborem caedit, qui clam caedit § 2. Igitur si ceciderit et lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa et condictione et actione ad exhibendum.

Verisimile est arbores caesas aut consumptas aut inde novas species factas esse; ideo Paulus etiam condictionem competere docet.

Ceterum D 25, 2 fr. 6 § 4, 5 ostenditur secundum Paulum condictioni locum esse etiam actione ad exhibendum vel hereditatis petitione, non autem rei vindicatione competente; nam condictionem demum dominio rei subreptae amisso competere (vide supra § 3).

D 47, 2 fr. 83 [*82*] § *1. Paulus libro secundo sententiarum* (*11, 31,* § *32*). Qui tabulas cautionesve subripuit, in adscriptam summam furti actione tenebitur: nec [refert] < interest > cancellatae nec ne sint, quia ex his debitum [magis solutum esse comprobari potest] < dissolutum interest comprobari >.

C 62, c 15 Diocletianus et Maximianus Socratiae. Furti

actione minime teneri successores ignorare non debueras, de instrumentis autem ablatis in rem actione tenentem convenire potes (a. 293).

In C 6, 2 c. 15 nulla mentio condictionis rei furtivae fit, nam extinctis instrumentis nihilominus nullum damnum ei, cui instrumenta subrepta sunt, resarciendum est; nam si creditor demonstrare potest, quod sibi debeatur, nihil obstat, quominus ius suum adversus debitorem persequatur; si vero neque probare, neque damnum furto passum demonstrari potest, nihil furi condici potest.

Restituto iam a nobis iure temporis classici, demonstratis interpolationibus atque patefacto animo et consilio compilatorum, cetera fragmenta ceterasque constitutiones, condictionem ex causa furtiva domino rei subreptae concedentes, interpolatas esse sine dubio est.

Appendix ad § 5.

Videndum etiam est, quomodo singula fragmenta singulaeque constitutiones interpolatae sint. *D 13, 3 fr. 1 Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum Paling 779.* § 1 Rem autem suam per hanc actionem nemo petet [nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta].

Non solum id., quod supra expositum est (cf. D 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22 § 2) sed etiam D 43, 16 fr. 1 § 32 ubi nulla mentio condictionis rei mobilis vi abretptae fit nec non vitiosa consecutio temporum (« petet, nisi... potest ») et inelegantia (« nisi ex causis ex quibus potest ») ostendunt haec verba ab Ulpiano scripta non esse.

D 7, 9, fr. 12 Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Paling 2591, et proditum est neminem rem suam [nisi furi] condicere posse.

Quae interpolatio, patefacto iure classico atque voluntate et consilio compilatorum nec non ipsius Ulpiani opinione (cf. supra D 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22 § 2), evidens est. ***D 13, 1, 1. Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Paling 2591.*** In re furtiva soli domino [condictio competit] < condici potest >.

Verba « condictio competit » non a iurisprudentibus classici temporis sed a byzantinis scripta esse videntur (55). *D 18, 1 fr. 29. Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum Paling 2901.* Quotiens servus venit non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur, unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta < et inde nova species facta > condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita si res ad emptorem pervenit. *D 18, 1, 30. Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum, Paling 939.* Sed ad exhibendum agi posse nihilo minus et ex vendito puto.

D 13, 1 fr. 10.	*Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum Paling 1058.*
Sive manifestus fur sive non manifestus sit, poterit ei condici, ita demum autem manifestus fur [condictione] tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius: ceterum nemo furum [condictione] tenetur, posteaquam dominus possessionem adprehendit. et ideo Julianus, ut procedat in fure manifesto tractare de [condictione], ita proponit furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id quod interceperat.	Sive manifestus fur sive non manifestus sit, poterit ei condici < atque cum eo ad exhibendum agi >, ita demum autem manifestus fur < ad exhibendam rem > tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius: ceterum nemo furum < ad exhibendum > tenetur, posteaquam dominus possessionem adprehendit. et ideo Julianus, ut procedat in fure manifesto tractare <de exhibendo> ita proponit furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id quod interceperat (56).
§ 1. — Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse Julianus libro vicensimo secundo digestorum significat.	§ 1. — Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici < atque cum eo ad exhibendum agi > posse Julianus libro vicensimo secundo digestorum significat.
§ 2. — Tamdiu autem [condictioni] locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: et ideo si eam rem alienaverit condicere non poterit.	§ 2. — Tamdiu autem < actioni ad ehxibendum > locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: < condicere vero poterit, si non suo facto dominium rei subreptae, amiserit >: et ideo si eam rem alienaverit condicere non poterit.
§ 3. — Unde Celsus libro duodecimo digestorum scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem ei condicere [non] posse, sed et si non ipsi furi sed alii, idem dicendum est cessare [condictionem], quia dominium facto testatoris, id est domini, discessit.	§ 3. — Unde Celsus libro duodecimo digestorum scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem < neque cum eo ad exhibendum agere neque > ei condicere (57) posse, sed et si non ipsi furi, sed alii, idem dicendum est cessare < actionem ad exhibendum >, quia dominium facto testatoris, id est domini. discessit (58).

D 13, 1, 12.	*Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum Paling 1058.*
Et ideo elegenter Marcellus definit libro [septimo (?)]: ait enim si res [mihi] subrepta tua maneat [condices] sed [et] si dominium non tuo facto amiseris [aeque] condices.	Et ideo eleganter Marcellus definit libro < octavo (?) >: ait enim si res tibi subrepta tua maneat < ad exhibendum agas > (59) sed si dominium non tuo facto amiseris, condices (60).
§ 1. — In communi igitur re	§ 1. — In communi igitur

eleganter ait interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio an provocatus es, ut, si provocasti communi dividundo iudicio, amiseris [condictionem], si provocatus es, [retineas].

re eleganter ait interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, an provocatus es, ut, si provocasti, communi dividundo iudicio <actionem ad exhibendum> amiseris (61) si provocatus es condicere peteris (62).

§ 2. — Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit [incerti condictione] acturum, si ea subrepta est.

§ 2. — Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, <ad exhibendum> acturum, si ea subrepta est.

Lenel putat (Paling II, pag. 679 nota 3), Ulpianum libro trigensimo octavo ad edictum non solum de actione furti sed etiam per modum appendicis de condictione furtiva tractare. Cum nemini, ne furi quidem res sua, nisi iam extincta, condici possit (cf. D 12, 1 fr. 11 § 2, D 13, 7 fr. 22, § 2) evidens est ab Ulpiano non solum condictionis ex causa furtiva sed etiam aut vindicationis aut actionis ad exhibendum mentionem factam esse. Cum autem in D 13, 1 fr. 10 pr. § 1 de re vi rapta tractante ab Ulpiano Juliani (D 13, 1 fr. 14) de actione ad exhibendam rem furtivam tractantis (63) mentio fiat, ideo etiam Ulpianum in *D 13, 1 fr. 10* de actione ad exhibendum tractavisse puto, praesertim cum *D 43, 16 fr. 1, § 32* et Ulpianus et Julianus doceant eum, cui res vi ablatae sint, ad eas exhibendas agere posse: Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia verum est vi esse deiectum, plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione, potest hoc suo arbitrio habere, et ita Julianus scribit: idem scribit et [si quis vi bonorum raptorum de huiusmodi rebus velit experiri (?)] (63 a).

In D 13, 1 fr. 10 pr. movet me etiam verbum « eius » (... « si deprehensa non fuerit a domino possessio eius »). Valde nunc quaeritur, ad quod verbum « eius » spectare debeat; restituta pristina Ulpiani scriptura « ad exhibendam rem » (loco « condictionis ») palam fit verbum « eius » ad « rem spectare ». In § 1 quaeritur solum, utrum actio vi bonorum mixta, an tantum poenalis sit (cf. Gai IV, 8). Julianus et Ulpianus existimant tantum poenalem esse; de altera re autem non tractatur.

In D 13, 1 fr. 12 § 2 vero de condictione incerti rei pignoratae persequendae causa parata tractatur; iam Trampendach notat verbum « incerti » interpolatum esse, cum condictio incerti post classica sit (64), sed ego etiam sequens verbum « condictione » interpolatum esse puto, nam secundum ius classicum restitutio rei pignoratae condictione peti non potest et « condictione acturum » non a classicis sed a byzantinis scriptum esse videatur (classici enim « condicere » non « condictione agere » scribere solent). Cum autem creditor ad exhibendam rem sibi pignoratam agere possit (D 10, 4 fr. 3 § 12, cf. D 13, 7 fr. 27) etiam in D 13, 1 fr. 12 § 2, condictio incerti actioni ad exhibendum a compilatoribus substituta esse videtur.

D 13, 1 fr. 14. — *Julianus libro vicensimo secundo digestorum (Paling 348, 849).*

Si servus furtivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres [condictionem] habebit et, si lite contestata condicio extiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condicione liber esse iussus fuisset et lite contestata condicio exstitisset; nam nec petitoris iam interest

Si servus furtivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres <actionem ad exhibendum> habebit et si lite contestata condicio exstiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condicione liber esse iussus fuisset et lite contestata condicio exstitisset; nam nec pe-

hominem recipere et res sine dolo malo furis eius esse desiit, quod si pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emptorem invenerit.

§ 1. — Cavere autem ex hac actione petitor ei, cum quo agitur, non debebit.

§ 2. — Bove subrepto et occiso condictio [et bovis] et corii et carnis domino competit, [scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt]: cornua quoque condicentur, sed si dominus [condictione bovis] pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur. contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem [condicet], offerente fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur (65).

titoris iam interest hominem recipere et res sine dolo malo furis eius esse desiit, quod si pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debebit. quanti emptorem invenerit.

§ 1. — Cavere autem ex hac actione petitor ei cum quo agitur non debebit.

§ 2. — Bove subrepto et occiso <ad exhibendum bovem cum fure agi potest, sed et> condictio et corii et carnis non est deneganda: cornua quoque condicentur, sed si dominus <actione ad exhibendum bovis> pretium consecutus fuerit et postea aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur. contra si corium condixerit et pretium eius consecutus ad bovem exhibendum aget offerent fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur.

Multa demonstrant Julianum ibi de actione ad exhibendam rem furtivam tractavisse; verba enim « nec petitoris iam interest hominem recipere, et res sine dolo malo furis eius esse desiit, quod si pendente condicione iudicaretur, iudex aestimare debebit, quanti emptorem invenerit » ad actionem ad exhibendum, nunquam autem ad condictionem ex causa furtiva spectare possunt, quia condictione (sicut et aliis stricti iuris actionibus) reus tantum ad solvendam veram aestimationem rei debitae (cf. D 13, 1 fr. 8, § 1 atque, D 13,

3 fr. 3) tenetur. Cavere actor ex iudicis arbitrio persaepe in actione ad exhibendum (D 10, 4 fr. 5, § 6), propter exceptionem « nisi ea res exhibeatur » (vide etiam D 10, 4 fr. 12, § 5), nunquam in condictione, nisi speciali exceptione a praetore data, debet. Cum re furtiva dolo furis exstincta fur actione ad exhibendum teneatur et ex re furtiva nova specie facta fur condictione teneatur, Julianus et Ulpianus (vide supra D 13, 1 fr. 12) quaerere videntur, utrum actio ad exhibendum an condictio ex causa furtiva competat, verbi gratia bove subrepto et occiso etc. Bos subreptus, postquam occisus est, secundum Gaium (II, 79 in fine) furi condici potest; Ulpianus tamen actione ad exhibendum competente rem furi condici non posse sentit (cf. D 12, 1 fr. 11, § 2); idem et Pomponius docet. Quam sententiam et Julianus probare videtur; idcirco putat furem solius corii et carnis et praeterea actione ad exhibendum bovem, quia dolo possidere desierit, teneri. Quae distinctio compilatoribus Justinianeis nimia subtilitate laborare videbatur.

D 47, 2 fr. 77 (76). — *Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium (Pal. 322).*

§ 1. — Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, [ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset], haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse quia [condictione] tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem [si hone-

§ 1. — Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest: haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia <ad exhibendum> tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo ex-

sta ex causa interest] nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem; non magis enim tunc eius esse intelligitur, qui lucrum facturus sit, dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret, [sed et condictionem], quia ex diversis factis tenentur.

staret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem; non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturus sit, dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret, quia ex diversis factis tenentur.

Mentionem condictionis non esse authenticam procul dubio est. Verba [ideo quod... salvum esset] glossema cuiusdam mediocris magistri esse videntur, quia inelegantia expositionis nobis displicent atque sequentibus verbis « nam licet intersit furis rem salvam esse quia... tenetur » contradicunt, in qua re illud etiam notandum est: Quintus Mucius refert eum cuius intersit, furti habere actionem, quod iuri temporis classici non contradicit: glossema autem de actione furti soli domino competenti loquitur. Verba [si honesta ex causa interest] non ad priorem furem, sed ad eum, cui prius furtum factum sit, spectare videntur; tamen hoc consilio et animo scripta videntur, ut actionem furti priori furi denegandam esse demonstrent. Propter quam inelegantiam ea similiter non esse authentica suspicere licet. Servius, cuius mentio fit, de re subrepta domino, qui postea nullo herede relicto mortuus sit, tractare videtur (cf. Javoleni sententiam D 47, 2, fr. 71 [72] § 1) (67). Mentio condictionis in fine fragmenti scripta procul dubio interpolata est, nam novissima verba « quia ex diversis factis tenentur » ad actionem furti, non autem ad condictionem furtivam spectant.

D 13, 1 fr. 8.

Ulpianus
libro vicensimo septimo
ad edictum (*Paling. 781*).

In re furtiva condictio ipsorum corporum [competit:] sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.

§ 1. — Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur, placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, [maximo cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur:] semper enim moram fur facere videtur.

Novissime dicendum est etiam fructus in hac actione venire.

In re furtiva condictio ipsorum corporum <quae alterius facta sunt persecutionem continet >: sed utrum tamdiu quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur sine dubio nulla erit condictio: si non optulit, durat condictio aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest.

§ 1. — Si ex causa furtiva res condicatur cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur; placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: semper enim moram fur facere videtur (68).

Novissime dicendum est etiam fructus in hac actione venire.

Quod fragmentum sine dubio de condictione ex causa furtiva tractat. Verbum « competit » in pr. interpolationem suspicere iubet, probabile est verba authentica, sed iuri bizantino contradicentia, a compilatoribus ibi suppressa esse. Verba [maxime cum... non liberatur] authentica non esse videntur, nam verba « maxime cum » atque indicativus adverbium » cum » sequens semper interpolationem suspicere iubent.

D 13, 1 fr. 3.	*Paulus* *libro nono ad Sabinum* (*Paling 1801*).
Si condicatur [servus] ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae, quod et Julianus scribit, [item] si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.	Si condicatur < res > ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est < quanti sit; si vero vindicetur servus furtivus id venire in condemnationem > quod intersit agentis, veluti si heres institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae, quod et Julianus scribit, item si < vero > mortuum hominem condicat, < non > consecuturum ait pretium hereditatis.

In hoc fragmento Paulus sine dubio non de condictione ex causa furtiva sed de vindicatione rei furtivae aut de actione ad exhibendam rem furtivam tractavit, cum in condictione tantum vera rei aestimatio deberetur: secundum autem nostrum fragmentum (D 13, 1 fr. 3) agenti etiam causa rei ad similitudinem rei vindicationis (D 6, 1, fr. 16 pr. 20) aut actionis ad exhibendum (D 10, 4 fr. 9 § 7, 8 fr. 11 pr.) praestanda est. Quae interpolationes igitur factae esse videntur, ne condictione ex causa furtiva minus, quam ad exhibendum cum fure agendo, actor consequi posset.

D 47, 2 fr. 52. Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum, Pal. 1046 § 28. Si servus subreptus heres institutus fuerit, [furti iudicio] < vindicando aut ad exhibendum agendo > actor consequetur etiam pretium heredidatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit. condicendo [quoque] < vero > mortuum [idem] < quanti fuerit > consequetur.

Nostrum fragmentum similiter ac D 13, 1 fr. 3 hoc animo

et consilio inter polatnmest, condictione ex causa furtiva non solum, quanti res sit, sed quanti actoris intersit, consequi possit (68 a). Notandum etiam est in locum vindicationis aut ad exhibendum actionis non condictionem, sed furti actionem substitutam esse; apud byzantinos enim actione furti non solum poena, sed etiam rei subreptae pretium peti potest, (vide infra § 6 B, 2).

D 13, 1 fr. 13.	*Paulus* *libro trigensimo nono ad edictum* (*Paling 567*).
. . . . . quemadmodum si infans [subreptus] adoleverit, aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumptibus [furis] creverit.	. . . . . quemadmodum si infans adoleverit, et vindicetur aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumptibus < eius quocum agitur > creverit.

Praecedentibus verbis huius fragmenti Paulus de condictione poculorum ex subrepto argento factorum tractavit; nunc de adolescente condicendo tractat, exemplo eius demonstraturus in condictione impensas generaliter reo non esse restituendas. Quamvis interdum servus furtivus condici possit (vide supra nota 68 a), tamen multo probabilius est Paulum nostro loco de condictione adolescentis non solum ex causa furtiva, sed generaliter ex qualibet causa tractavisse; compilatores vero Iustinianei ad solam condictionem ex causa furtiva restrinxisse nam ex iure Iustinianeo ceteris condictionibus id solum, quo reus locupletior factus est (id est impensarum ratione habita) peti potest.

D 47, 2 fr. 57 § 4.	*Julianus* *libro vicensimo secundo digestorum* (*Pal. 343*).
. . . . . condicere autem rem furtivam tutor et curator	. . . . . condicere autem < vel ad exhibendam > rem

furiosi eorum nomine possunt.

furtivam <agere> tutor pupilli et curator furiosi eorum nomine possunt.

Cum condicere tutor pupilli et curator furiosi eorum nomine rem furtivam possint, procul dubio est etiam ad eam exhibendam tutorem et curatorem eorum nomine agere posse, abolita tamen actione ad exhibendum, mentio eius etiam nostro fragmento a compilatoribus suppressa esse videtur.

D 45, 1 fr. 29 § 1.

Ulpianus
libro quatrangensimo sexto ad Sabinum (Pal. 2928).

Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat, movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor: non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est, et constat, si quidem ita stipulatus sim: quod ex causa [condictionis] dare facere oportet?, stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem quod si postea sine mora decessisse proponatur servus non teneri furem [condictione] Marcellus ait: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur [in ea condicione est, ut] evanescat [condictio] propter stipulationem

Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat, movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor: non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est, et constat, si quidem ita stipulatus sim: quod ex causa <furti> dare facere oportet? stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem, quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem Marcellus ait: quamdiu enim vivit condici <non> poterit, at si decessisse proponatur, evanescat obligatio ex causa furtiva propter stipulationem.

Cf. etiam *D 45, 1 fr. 83* (*Paulus libro 77 ad edictum*)

§ 7. Stichum, qui decessit, si stipuler, si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait: si vero ex aliis causis inutiliter, quia et si deberetur, morte promissor liberetur.

D 46, 3 fr. 72.

Marcellus
libro vicensimo digestorum (Paling 227).

§ 2. — Sed quid, si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.

§ 3. Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit, quidquid furem dare facere oportet: nam et fur [condictione] liberatur, si dominus ablatum sibi accipere noluit, [si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge) prius quam facultatem eius nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intellegi potest].

§ 2. — Sed quid, si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus esset? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemmadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.

§ 3. — Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit, quidquid furem dare facere oportet: nam et fur liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit.

Paulus atque Sabinus D 45, 1 fr. 83 § 7 putant servum furtivum, cum decesserit, furi condici posse: res enim extinctas furibus condici posse constat (Gai II 79).

Marcellus D 46, 3 fr. 72 § 2 et 3 ait, stipulatione eius, quod iam ex alia causa debeatur, sive ab alio sive a debitore facta, moram debitoris purgari. Opinionem Marcelli Ulpianus secutus ait (D 45 1 fr. 29 § 1) furem quidem semper moram facere, tamen stipulatione eius quod a fure debeatur, pristinam moram furis purgari; ideo subrepto servo, posteaque restitutione huius servi a fure stipulata, furem morte servi liberari, nisi nova mora contra tenorem stipulationis facta sit. In D 45, 1 fr. 29 § 1 actioni ad exhibendum aut ex stipulatu condictionem a compilatoribus substitutam esse procul dubio est. Iam supra (§ 2) notavi condictionem dari *fierive* intendentem postclassicam esse; ideo verba «quod ex causa *condictionis* dare facere oportet» interpolatione corrupta esse existimo. Novissima verba huius § 1 similiter interpolationibus corrupta esse evidens est, nam si incertum stipulatur, stipulans non condicere sed ex stipulatu agere potest, et verba «in ea condictione est, ut» inelegantia sua ostendunt, non a Ulpiano scripta esse.

Similiter in D 46, 3 fr. 72 § 3 novissima sententia [si tamen... intellegi potest], a compilatoribus scripta esse videtur, nam «et finge» (cf. D 41, 1 fr. 63 § 3), «non poterit rationi... locus esse» certe non a iurisprudentibus temporis classici sed a byzantinis scripta sunt, et novissima sententia § 1 3 (in D 46, 3 fr. 72) contra opinionem Marcelli et Ulpiani non stipulatione, sed sola oblatione moram purgari docet: ideo stipulatione moram purgari tantum, si stipulatione etiam oblatio debiti contineatur.

Etiam *D 41, 1, fr. 33 § 1 Ulpianus*, interpolationibus corruptum est: Eadem distinctione quis utetur etiam, si res fuerit subtracta: aut cessare aut non furti actionem dicet, si ex testamento adierit, quoniam hereditati furtum non fit, aut si non adierit, patri dabitur furti actio: [nam et condictio]. Novissima enim verba huius § 1 «nam et condictio» sine dubio Ulpiani non sunt authentica. Ulpianus docet, si

adita sit hereditas filii familias militis, omnia ut in ceteris hereditatibus, si non sit adita, peculium castrense patris proprium spectandum esse; subrepta igitur re peculii castrensis post mortem filii familias militis heredi etiam adita hereditate actio furti non competit, quia rerum hereditariarum furtum fieri non potest: ideoque crimen expilatae hereditatis coercendum imperator Marcus Aurelius curavit: si autem hereditas adita non est, res peculii castrensis non esse a patre profectae creduntur (D 49, 17 fr. 9), ideoque patri actio furti competit. Vindicatio vero extantis et condictio extinctae rei utroque casu competunt (id est sive omissa hereditate res peculii castrensis apud patrem iure peculii remanserunt sive ab herede scripto adita sit hereditas, nam adita hereditate res hereditaria usque ad aditam hereditatem in dominio defuncti mansisse creditur (Ulpianus D 41, 1 fr. 34 Rabel in Holtzendorffs Enzykl. ed. 7 vol. 1, pag. 533) ideoque ab herede et vindicari et condici potest. Magistri quidam byzantini (sed anteiustiniani) condictionem furtivam, solo furto (non autem crimine expilatae hereditatis commisso) competere crediderunt ideoque verba «nam et condictio» sic interpolaverunt ac si soli patri, apud quem res peculii castrensis iure peculii remanserunt, competeret (69).

D 13, 1 fr. 7. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum Pal. 2876. § 1. Furti actio poenam petit legitimam, condictiorem ipsam, ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur, is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem. § 2. Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, [nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et] si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus [vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem adversus heredem durare, quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus].

In § c. 1. Ulpianus adfirmat ex causa furtiva actionem furti poenae nomine et condictionem et vindicationem et ad

exhibendum actionem rei persequendae causa competere, sed non explicat, quando condictio, quando vindicatio aut ad exhibendum actio competat. § 2, interpolationibus corruptum esse procul dubio est: imprimis valde nos movet, cur quaeratur, an post mortem furis servus furtivus decesserit; nam si dominus rei subreptae rem suam furi condicere possit, et ipse et eius heres condictione ex causa furtiva teneantur non solum mortuo, sed etiam vivo servo. Praeterea iam supra notavi secundum Ulpianum condictionem ex causa furtiva domino non competere; ceterum inelegantia expositionis interpolationem suspicere iubet, «non tantum si vivat, sed etiam si decesserit», «si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum post mortem tamen furis» nec non similiter vitiosa consecutio temporum «obligat. [... si vivat»] interpolationis indicium sunt. Novissimam sententiam «quae in herede diximus... successoribus» interpolatam esse constat. Suppressis verbis, quae non authentica esse videntur, id, quod superest, adfimat heredem furis etiam servo furtivo mortuo condictione ex causa furtiva teneri. Quae opinio Ulpiani doctrinae conveniens est (cf. supra D 13, 1 fr. 10, 12).

D 47, 2 fr. 46 pr. Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum Pal. 2877... [hoc idem] <aliter> in condictione [quoque placet] <est>, nam condici furi < non > potest, [etsiamsi] <donec> sit res aliqua ratione extincta, hoc idem dicendum, si res in potestatem hostium pervenerit: nam constat posse de ea re furti agi.

Quod fragmentum interpolatioibus procul dubio corruptum est. Verba quidem «condici furi» ab Ulpiano scripta sunt; attamen inelegantia expositionis «hoc idem... hoc idem dicendum est» interpolationis indicium est, «placet» multo saepius apud Justinianum, quam apud iurisprudentes temporis classici invenitur. Denique notandum est in novissima sententia nullam mentionem condictionis fieri quando de re furtiva, quae in hostium potestatem pervenit, tractatur. Inde paret rem extantem et in eius, cui subrepta sit dominio monentem, condici non posse.

D 47, 2 fr. 9.

Ei, qui furti actionem habet, adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem in quod creverit res subrepta § 1. Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi [manebit] [sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri], ut non aliter iubet restitui, quam si condictionem petitor remitteret: quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut [(quod magis placet)] si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restitueretur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

Pomponius
libro sexto decimo?
ad Sabinum

Ei, qui furti actionem habet, adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod creverit res subrepta. § 1. < Neque furti actio per vindicationem neque vindicatio furti actione consumitur. Nova species ex re subrepta facta nihilominus ab eo, qui rei subreptae dominus fuit, vindicari potest >. Sed si eam a fure vindicassem < et reus absolutus esset >, condictio mihi < competet. Si vero nova species vindicatur, arbitrio iudicis continetur, > ut non aliter iubeat restituere, quam si condictionem <extinctae substantiae et materiae> petitor remitteret, quod si ex condictione < quasi subrepto homine mortuo > ante damnatus reus litis aestima-

tionem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut, si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restitueretur ei homo quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

Quod fragmentum sine dubio interpolatum est (70). Verba « Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit contineri » procul dubio interpolata sunt (cf. D 6, 1 fr. 9 intp.); etiam indicativus « cognoscit » loco coniunctivi demonstrat haec verba authentica non esse; ceterum « cognoscere » cognitionem extraordinariam, non autem iudicium in ordine iudiciorum privatorum significat. Similiter mentio « hominis » in fine facta, cum praecedentibus locis generaliter de re subrepta tractatum sit, interpolationem suspicere iubet.

Nunc pristina Pomponii scriptura restituenda est. Pomponius, ipse Sabinianus, scholae suae opinionem secutus, dominum materiae et substantiae etiam novae specie factae dominum fieri existimat; novam speciem igitur a quolibet possidente vindicari posse putat (cf. Gaius II, 79, in fine). Cum tamen Proculeiani sentiant novam speciem eius fieri, qui fecerit, facile evenire potest, ut eo, qui materiae dominus fuit, novam speciem vindicante ab iudice Proculeianorum opinionem probante reus absolvatur. Pomponius igitur recte putat tunc furi sive extinctam materiam (Gai II 79 in fine, sive novam speciem condici posse (vide supra Paulum D 13) 1 fr. 13, Julianum D 13, 1 fr. 14); nam res iudicata pro veritate habetur et novam speciem vindicantis non esse iudicatum esse; nihil igitur impedimento est, quominus sive extincta materia sive nova species furi condici possit.

De eadem re etiam *Paulus* tractare videtur *D 44, 2 fr. 31* (*libro tertio responsorum*) Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae.

Quando autem nova species vindicatur et iudex, Sabinianorum opinionem secutus, reum condemnat, verendum est, ne is cui furtum factum est, denuo extinctam materiam furi condicat (71), in quo iudicio iudex Proculeianorum opinionem secutus furem condemnaturus est. Ideo curandum a iudice esse, ut reo caveatur, Pomponius sentit.

Quae Pomponii opinio D 47, 2 fr. 9 exposita, admissa in iure Justinianeo et vindicatione et condictione rei furtivae (J IV, 1 § 19 [21] vide supra § 2) iuri Justinianeo minime conveniens fuerat ideoque a compilatoribus suppressa est; ceterum veteribus inter Sabinianos et Proculeianos de dominio novae speciei controversis compositis, cautiones Pomponii superfluae factae sunt. Quam ob rem fragmentum nostrum a compilatoribus penitus corruptum est.

Novissima denique sententia de alia re, nam de homine subrepto vindicando, tractatur; non est incredibile hominem subreptum, falso quasi iam mortuum furi condictum esse (Gai II, 79) atque eius aestimationem praestitam esse; postea vero servum, ab eo cui subreptus sit eum vindicari. (De quarum actionum concursu vide Levy Die Konkurrenz der Klagen und Personen II, pag. 90 sq.).

D 25, 2 fr. 18 Paulus libro sexto quaestionum Pal. 1337. < Quae viro suo rex pignori datas amoverit, hoc iudicio tenebitur (?) > [sed et domino condictio competet] sed alterutri agere permittendum est.

Leneli restitutio « quae... tenebitur » mihi dubia videtur, praesertim cum Paulus D 25, 2 fr. 18 de alia re quam Ulpianus D 25, 2 fr. 17 § 3, tractari potuerit et demum a compilatoribus verba Pauli, quae D 25, 2 fr. 18 continentur, contra Pauli operis sensum fragmento D 25, 2 fr. 17 § 3 adiecta esse probabile sit.

Ceterum D 25, 2 fr. 18 interpolationibus corruptum esse videtur, nam verba « competet » « permittendum est » nec non « *sed... sed* et alterutri agere permittendum est » inelegantia sua demonstrant potius a compilatoribus, quam a Paulo scripta esse. Denique apud classici temporis iurisprudentes saepius « condicere posse » quam « condictionem competere » scriptum invenitur.

Probabile est D 25, 2 fr. 18 in Pauli opere D 25, 2 fr. 28 secutum esse.

(*D 25, 2 fr. 28*) « Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverit, subripuerit isque conventus sit, habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit (*D 25, 2 fr 18*). [sed et domino condictio competet (?)] sed et alterutri agere permittendum est ».

Vir enim, cuius res alteri commodata ab uxore commodatario subrepta est, cum uxore ad exhibendum agere et rem subreptam vindicare potest, actione autem rerum amotarum uxor viro teneri non videtur, quia non divortii causa res subrepta est (cfr. D 25, 2 fr. 6 pr., D 25, 2 fr. 17 § 1 aliud sentit Levy Konkurrenz I, pag. 413 sq.). In qua re aliter ab Justiniano constitutum est ideoque D 25, 2 fr. 18 fragmento de alia re tractanti adiectum esse videtur, cf. C 6, 2 c. 22, § 4, c.

§ 6. — *Jus postclassicum exponitur.*

Nunc videndum est, cur interpolationibus condictio actioni ad exhibendum atque vindicationi rei furtivae substituta sit. Illud inprimis notandum est ex iure temporis classici id solum quod ex iure civili dari oporteat, condici posse; abolita vero differentia inter ius civile et ius honorarium nihil iam obstabat, quominus id quod ex iure antea honorario deberetur, condici possit. (Riccobono, Annali del Seminário giuridico della R. Università di Palermo, vol. III - IV, pag. 623 sq.). Ceterum notandum est differentias inter singulas actiones novo ordine iudiciorum privatorum recepto vim ac potestatem suam perdidisse (vide D 3, 5, fr. 46 § 1); cum enim in iure actio actori a praetore daretur, concessum non est iudici in iudicio quaerere, an ius aliquod actori in reum esset, qui iudex tantum quaerere debebat, utrum intentio actionis actori in iure data competeret, an non; falsa actione actori data, reus absolvendus erat. Quod novo ordine iudiciorum privatorum abolitum est, quia ex novo iure iudex quaerere debebat, utrum ius aliquid actori in reum esset an

non (vide Riccobono in Zeitschrift der Savigny Stiftung, R. A., vol. 43, pag. 262-398 et in Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie, vol. XVI, fasc. 4, pag. 503-522.

C 2, 57 [58] c. 1. Imp. Constantinus et Constans A. A. Marcellino praesidi provinciae. Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur (a. 342).

C 2, 57 [58] c. 2. Imp. Theodosius et Valentinianus A. A. Hiero pp. Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit [a 428].

C 2, 10 [11] c 1. Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. ad Honoratum. Non dubitandum est iudici, si quid a ligatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire [a 290].

Quare minime mirum esse videtur actores saepissime omne ius, quod sibi in reum deberetur, condictione persequi coepisse: nam exceptio non impetratae actionis et iuris formulae amputatae sunt, condictio autem tantum intendit, actori aliquid dari oportere, nulla mentione causae debendi facta; cetera autem ad agendum necessaria iam iudicio durante auxilio iudicis suppleri possunt. Quae condictio, qua loco alius actionis actor utitur, condictio generalis appellatur (vide Costa « Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione Giustinianea » ed. 2. Torino 1925 pag. 358; scriptores de ea re tractantes enumerati ibidem nota 4).

Cuius usus forensis origines iam in iure temporis classici invenire videntur. Supra [§ 2 et 5] scripsi Sabinianis auctoribus novam speciem eius fieri, cuius substantia et materia fuerit; Proculeianis vero auctoribus novam speciem eius fieri, qui fecerit, sed aut materiam aut novam speciem furi condici posse (Gai 11 79, Julianus D 15, 1 fr. 14). Si igitur, qui materiae dominus fuerat, Sabinianorum opinionem secutus novam speciem vindicabat reus facile ab iudice Proculeianorum opinionem sequente absolvi poterat. Si vero, qui materiae dominus fuerat, Proculeianorum opinionem secutus ma-

teriam aut novam speciem furi condicebat, reus facile ab iudice Sabinianorum opinionem sequente absolvi poterat. Quae res actori durior erat. Non est tamen incredibile in cognitione extra ordinem hanc rem nullius momenti fuisse et tantum quaesitum esse, utrum ius aliquod actori adversus reum esset. Praeterea etiam eum, qui rei dominus fuisset, rei extinctae nomine persaepe ad exhibendum agere potuisse supra notavi [§ 2-5].

Novo ordine iudiciorum instar cognitionis extraordinariae exhibente formulas iuris sublatas esse constat; actor igitur in iudicio omnino aliquid sibi dari aut fieri oportere intendebat atque debendi causam exponebat. C 2, 57 [58] c 1, 2 non novum ius constituunt, sed solum admonent veteris iuris ambages novo ordine iudiciorum privatorum penitus remotas esse. Quando igitur petitor certam rem sibi dari oportere intendebat, actio eius condictionis appellatione significari poterat; quando vero petitor aut incertam rem sibi dari aut aliquid fieri oportere intendebat, actio eius condictioni similis (quodammodo condictio utilis) « condictio incerti » (ad similitudinem actionis incerti ex testamento) appellata est (72). Quae differentia, iure civili atque honorario, quadam congruentia iuncto (vide Riccobono in « Zeitschrift für Rechts und Wirtschafts philosophie » vol. XVI, fasc. 4, pag. 503 - 522) omni ratione carere cepit. Dandi enim appellatione aut rei alicuius datio talis, ut res accipientis fieret, aut iuris alicuius in re veluti servitutis ex iure civili praestatio continebatur. Quando autem aut possessio ad usucapionem (in bonis esse) aut servitus tuitione praetoris constituta aut pignus praestandum erat, haec res faciendi appellatione continebantur. Faciendi appellatione etiam restitutionem rei contineri constat. Admissa igitur condictione faciendi nihil iam obstat, quominus possessio rei condicatur; igitur condictio possessionis rei pignoratae admissa esse videtur (D 13, 1 fr. 12 § 2 intp.) nec non receptum est, ut dominus rem furtivam furi condicere possit (Gai IV, 4, D 7, 9 fr. 12 intp. in fine) postea etiam ex quibusdam aliis causis admissa est condictio rei suae ut puta rei mobilis vi subreptae (D 13, 3 fr. 1 § 1

« nisi ex causis » rel. intp.) postea vero generaliter condictio possessionis admissa est (D 13, 3 fr. 2. D 47, 2 fr. 25 § 1. D 12, 1 fr. 4 § 1-2 intp. D 43, 26 fr. 19 § 2 etc.).

Abolito praetoris officio neque exceptio doli ei, qui sine iusta causa stipulanti spoponderat, neque actiones institutoriae ei, qui intercessione mulieris contra Senatus Consultum Velleianum facta ius crediti amiserat, dari poterant. Ut igitur ei subveniretur, receptum est, ut et indebite promissum et sine iusta causa amissa obligatio condici possint, ad similitudinem eius etiam condictio omissae cautionis recepta est (vide supra § 2). Praeterea etiam condictio, operas praestandas esse intendens, generaliter admissa est, sed speciali casu, contra rationem iuris opportunitatis causa, non admittitur (12, 6 fr. 26 § 12 vide supra).

Condictione, aliquid fieri intendente admissa, multa etiam alia in iure romanobyzantino innovata sunt.

A) Quando condictio in locum actionis ad exhibendum aut interdicti recuperandae possessionis substituitur?

1) *D 12, 4, 15 Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum Paling 687.* Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, <mancipio> dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare tibi eum oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. <Si autem servus in quaestionem traditus est, potes ad exhibendum agere, sed non potes agere dari tibi eum oportere, quamdiu vivit, nam nemo rem suam condicere potest. sed quaeritur, an post mortem servi agere possis dari tibi eum oportere, cum dolo eius apud quem esset dominus esse desieris>. Labeo ait <posse servum condici cum dolo Attii dominus esse desieris>, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, qui re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse.

(Conferendum est etiam D. 19, 5 fr. 8 Papiniani de servo aestimato in quaestionem dato tractans).

D 12, 4, 15 interpolationibus corruptum esse evidens est (73). Initio tractatur de servo in dominium Attio quaestionis habendae causa dato. Qui servus, si id in eo repertum non est, condictione datorum ob causam repeti potest. Si ab Attio servus quasi in facinore deprehensus praefecto vigilum traditus atque a praefecto summo supplicio adfectus esset, nihilo minus condictio duraret, quia dolo Attii mortuus esset. In fine autem huius fragmenti tractatur de servo, qui quaestionis habendae causa Attio traditus, eius non est factus, sed tradentis manet, ad quem servum mentio actionis ad exhibendum spectat, qui servus procul dubio Attio condici non potest, cum etiam communem opinionem doctorum sequentes non adfirment dominum secundum Pomponium rem suam condicere posse (quaedam inelegantia fragmenti, ambos casus confundentis, corruptelam compilatorum suspicere iubet). Pomponii pristinam scripturam restituere conantibus, dubium videri potest, qua actione dominus servi, quaestionis habendae causa in possessionem Attio traditi, servo mortuo experiri debeat. Labeo recte putat eum ad servum exhibendum agere posse. Labeo ait etiam condictionem, verisimile condictionem ex causa furtiva, domino servi esse dandam, cum omnis contrectatio rei alienae mobilis furtum sit (74). Proculus autem Labeonis opinionem adnotans putat actionem ad exhibendum domino servi competere, tamen condictioni ex causa furtiva locum non esse, cum Attius actione ad exhibendum teneatur. (Notandum est similem quaestionem id est concursum condictionis atque actionis ad exhibendum et Ulpianum et Julianum. D 13, 1 fr. 10, 12, 14, D 12, 1 fr. 11 § 2. movisse et Ulpianum Proculi sententiam secutum condictionem denegavisse, actione ad exhibendum competente. D 12, 1 fr. 11 § 2. Vide supra). Admissa, ut supra expositum est, condictione possessionis nihil iam impediebat, quominus is, qui servi quaestionis habendae causa traditi dominus maneret, etiam vivo servo condictione possessionis restitutionem eius peteret. Cuius rei causa compilatores Justianianei

in D 12, 4 fr. 15 omnia verba, domino servi vivo servo condictionem denegantia, expunxerunt, ambos casus (id est dationem servi quaestionis habendae causa et traditionem possessionis servi quaestionis habendae causa) confundentes.

Etiam sequentibus fragmentis similiter condictio a compilatoribus Iustinianeis in locum alterius actionis substituta est.

D 13, 3 fr. 2	*Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum Palin. 2591.*
Sed et ei qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, [sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere] Celsus ait.	Sed et ei qui aliquem de fundo deiecit <non> posse fundum condici Sabinus scribit <et si vi deiectus, quod ex ea causa dare facere oporteat stipulatus sit> et ita Celsus, <nam si dominus sit, non potest intendere rem sibi dari oportere; si autem dominus non sit possessionem eum condicere non posse> Celsus ait.

D 47. 2 fr. 25.	*Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum Pal. 2862.*
Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. § 1. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit, qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici [possessionem quemadmodum potest re mobili subrepta]. § 2. Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel	Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. § 1. Unde quaeritur, si quis de fundo a domino vi deiectus sit, an <ad exhibendum agi atque an fructus consumpti> condici ei possint. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici. § 2. Eorum quae de fundo tolluntur, ut puta arborum, vel lapidum vel ha-

harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse nulla dubitatio est.	renae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi <potest; ideo et fructus consumptos condici> posse nulla dubitatio est.

Iam supra D 12,1 fr. 11 § 2 nec non D 13,7 fr. 22 § 2 interpretans, demonstravi secundum Ulpiani sententiam solum deficiente rei vindicatione et ad exhibendum actione rem furtivam condici posse! Idem et D 13,3 fr. 2 et D 47,2 fr. 25 § 1. sensisse videtur, maxime cum vi de fundo deiectus interdicto unde vi (74a) et actione in factum uti possit (D 43,16 fr. 1 etc. Lenel Edictum pag. 445, 452), unde sine ullo incommodo condictio caret. Praeterea aliis locis Ulpianus docet (D 13, tit. 1 D. 7, 9 fr. 12, D 13, 3 fr. 1 § 1) non condictionem possessionis, sed rei ipsius domino rei subreptae competere (vide supra § 2); Celsus vero et Ulpianus (D 13, 3 fr. 2) docent dominum vi deiectum rem ipsam, possessorem possessionem condicere posse; idem autem (D 47,2 fr. 25 § 1) docent et eum, cui furtum factum sit, et eum qui vi deiectus sit, semper solam possessionem condicere posse; quae differentia interpolationis indicium esse videtur. Praeterea etiam in D 47, 2 fr. 25 § 1. quaedam verba a compilatoribus suppressa esse videntur, nam verba «si quis de fundo deiectus sit» de eo qui deiectus est, et sequentia verba «an condici ei possit, qui deiecit» de alia persona tractant, cum potius scribendum est «an condicere possit». Ceterum in verbis [quemadmodum potest re mobili subrepta] indicativus loco coniunctivi interpolationem suspicere iubet. Movet nos etiam, quod Sabini ab Ulpiano in D 47, 2 fr 25 nulla mentio fit, quamvis illius opinio de eadem quaestione tractans D 13, 3 fr. 2 laudetur; inde paret in authentico Ulpiani opere Ulpianum D 13, 3 fr. 2 de alia re et D 47, 2 fr. 25 § 1 iterum de alia re tractavisse.

Quam ob rem opinor Ulpianum D 13, 3 fr. 2 generaliter de condictione et D 47, 2 fr. 25 de solo furto et sola actione furti tractavisse. Quia autem Sabinus etiam fundi nomine furti

agi posse sentit (Lenel Paling. Sabinus fr. 2) Ulpianus aliud opinans (D 47,2 fr. 25 pr.) nullam sententiae eius mentionem facit.

De qua re Ulpianus in authentica scriptura D 47,2 fr. 25 tractaverit, difficillimum est reperire; non incredibile mihi videtur Ulpianum quaerere, an cum eo, qui vi possessorem de fundo deiecerit, ad exhibendum agi possit, nam subreptae rei mobilis nomine et actio ad exhibendum (D 10, 11 fr. 12 § 2) et actio furti non exhibiti competunt; actione autem ad exhibendum restitutionem rei peti posse supra exposui (nota 17,18), ideo apud Ulpianum quaeritur an etiam deficiente fundi nomine furti actione ad exhibendum fundum agi possit, quam actionem (id est ad exhibendum fundum) apud iurisprudentes temporis classici admissam esse probabile est (quod speciali opere de actione ad exhibendum exposui). Inde et Ulpianus actionem ad exhibendum ei qui de fundo vi deiectus sit, dandam esse docere videtur. Restitutio vero nostra, quae ad fructus fundi condicendos spectat, D 13,7 fr. 22 § 2 (vide supra § 2) comprobatur.

Condictione possessionis admissa nihil iam impediebat, quominus non solum fructus consumpti sed etiam fructus extantes et fundus unde quis vi deiectus erat, condici posset, actio vero ad exhibendum, qua restitutio rei petitur, apud byzantinos iam abolita est (vide supra). Quam ob rem compilatores Iustinianei omnes supra espositas distinctiones suppresserunt, condictionem possessionis in locum actionis ad exhibendum substituentes.

Difficile etiam est in D 13, 3 fr. 2 pristinam Ulpiani scripturam restituere. Ulpianum D 13, 3 fr. 2 de eo tractavisse opinor, qui de fundo vi deiectus stipulatus sibi sit «quod ex ea causa dare facere oportet». Quod stipulatum esse videtur ad similitudinem eius, quod furtum passus D 46, 3 fr. 72 § 2, 3. D 45, 1 fr. 29, 1 sibi stipulatus sit. (vide supra § 5). Ex qua stipulatione fundum ab eo, qui vi deiectus sit, condici non posse Sabinus, Celsus, Ulpianus procul dubio adfirmant.

Recepta IV aut V saeculo p. Chr. condictione, aliquid

fieri oportere intendente, atque admissa iam condictione rei furtivae nec non rei mobilis vi ablatae, nihil iam impedimento fuit quominus etiam fundus ab eo, qui vi deiectus esset, condici posset. Cuius rei causa D 13, 4 fr. 3 interpolationibus usui forensi adcommodatum est.

2. Admissa condictione possessionis, nihil impedimento fuit quominus possessor rei, quamvis dominus non esset, rem mobilem sibi subreptam aut vi ablatam condiceret (cf. D 47, 2 fr. 25 § 1, D 16,3 fr. 3 § 1 ambo intp.).

Similiter etiam condictio rei precario datae nec restitutae (D 43, 26 fr. 19 § 2 intp.) atque condictio rei a depositario non restitutae admissa est (D 16,3 fr. 13 § 1 intp.); quam ob rem etiam interdictum de clandestina possessione (quod apud Iulianum D 10,3 fr. 7 § 5 invenitur) atque interdictum « utrubi » necessaria esse desierunt atque in desuetudinem abierunt.

Cum tamen nullum interdictum *retinendae* possessionis rei mobilis esset et compilatores differentiam inter res mobiles et res soli supprimere studerent, interdictum « utrubi », interpolato D 43, 31 fr. 1, interdicto « uti possidetis » exaequatum est (75).

B) Quando res furtiva petitur

1) Admissa — ut supra expositum est — condictione generali nec non admissa (non solum condictione rei, sed etiam) condictione possessionis is, cui furtum factum est, furem non actione ad exhibendam rem furtivam, sed condictione generali convenire solebat. Qua re igitur factum est ut actio ad exhibendam rem furtivam paulatim desuetudine abolita sit (76).

Compilatores Justinianei, usum forensem IV et V saeculi p. Chr. secuti, actionem ad exhibendam rem furtivam suppresserunt in eius locum condictionem substituentes (77), quae species condictionis generalis atque vetus condictio ex causa furtiva una confusae appellatione condictionis furtivae apud byzantinos continentur: distinctio enim iurisprudentium temporis classici inter condictionem ex causa furtiva nimia sub-

tilitas veteris iuris esse iis videbatur. Admissa condictione generali is, cui furtum factum sit, non solum actione furti, sed etiam condictione poenam furti persequi potuisse videtur.

D 47, 2 fr. 52 § 14. Ulpianus libro tringensimo septimo ad edictum, Paling 1042.

Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere [vel condictione]. Idem est in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, [sed et condici].

In verbis [« vel condictione »] verbum « vel » electionem actori inter actionem furti et condictionem concedere videtur; constat autem actionem furti condictione non consumi (D 14, 1 fr. 7 § 1 eiusdem Ulpiani). Inde paret secundum D 47.2 fr. 52 § 14 eum cui furtum factum sit, poenae persequendae causa aut actione furti agere aut condicere posse, praesertim cum toto fragmento D 47, 2 52 non de condictione ex causa furtiva sed de solo furto et sola actione furti tractatur. Si res subrepta deterior facta est et furti agitur aestimatio rei subreptae refertur in id tempus, quo furtum factum est, si autem res pretiosior facta est, furti agens duplum vel quadruplum eius, quanti tunc, cum pretiosior facta est fuerit, consequetur. (Ulpianus D 47, 2 fr. 50 pr.) (78). Quam ob rem nova specie ex re subrepta facta aut rei subreptae aut novae speciei nomine secundum quod pretiosior sit, furti agi potest. Quae poena secundum D 47, 2 fr. 52 § 14 non solum actione furti sed etiam condictione persequi potest.

2) Non solum tamen condictione sed etiam actione furti loco vindicationis aut actionis ad exhibendam rem furtivam uti solitum est.

Cum enim ex constitutione Imperatorum Diocletiani et Maximiani C 2, 10 [11] c. 1. anno 290 (vide supra) iudici conveniret, si quid a litigantibus minus dictum esset, id supplere et proferre, quod sciret legibus et iuri publico convenire et ex constitutione C 3, 1 c. 9 (Costantini anno 321) iudices oporteret in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere, persaepe iudex domino rei, furti tantum

agente, actionem eius ex suo officio etiam vindicatione vel condictione ex causa furtiva supplere solebat, praesertim cum imperitia agentis vindicatio vel condictio omissa esse videretur. Qua re factum est, ut actione furti semper et vindicatio vel condictio ex causa furtiva contineri videretur, quod ex *Pauli Sententiis* apparet: (II, 31, 13).

« Furti manifesti actio praeter quadrupli poenam ipsius rei persecutionem genere vindicationis et condictionis continet ».

Nunquam temporis classici iuris prudentes actione furti vindicationem vel condictionem contineri docent. Sed in Pauli Sententiis IV saeculo ex Pauli operibus excerptis et conscriptis, quaedam ab excerptoribus innovata esse Albertario demonstrat (Bullettino dell'Istituto di diritto romano 33 fasc. I-III. p. 28, 56). Pauli Sent. II 31, 13 igitur usui forensi IV saeculi accomodata esse videtur (79).

Simili modo etiam *D 13, 6 fr. 22* corruptum est (*Paulus libro vicensimo secundo ad edictum Paling 373*). Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. [et furti quidem noxalem habere, qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit].

cf. D 19, 2 fr. 45 § 1. Paulus libro vicensimo secundo ad edictum Paling 373. Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, [quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti, an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est (?)].

In D 13, 6 fr. 22 verba [et furti.... commodavit] interpolata esse Lenel existimat. Quo igitur loco movet nos solius actionis furti mentio, qua actione is, cui furtum fit, non solum poenam dupli vel quadrupli, verum etiam damnum

resarciendum persequitur, nam alioquin absurdum esset quaeri, utrum commodati contraria, an furti agendum sit. Similiter D 19, 2 fr. 45 § 1 interpolationibus aut anteiustinianeis glossematibus corruptum esse et verba [quasi... quod magis est] non a Paulo scripta esse videntur: in interpolata sententia scriptum est: « in propriam persecutionem cadere hoc delictum », qua re non solum actio poenae, sed etiam actio rei persequendae causa comparata significatur, nam alioquin cum actione conducti damnum resarciendum petente minime concurreret.

Idem dicendum et de actione furti, cuius in C 6, 2 fr. 22 § 1 d § 4 c. mentio fit.

Inde paret ex usu forensi romanobyzantino furti actione etiam damnum resarciendum contineri et in sola doctrina inter actionem furti et condictionem furtivam distingui.

Paulus Sent. 2, 31 § 34. Res subrepta si in potestatem domini [reversa sit, furti cessat actio]. Quae sententia similiter regulis iuris classici contraria (vide Levy Konkurrenz I pag. 419) fusione et actionis ad exhibendum vel rei vindicationis et actionis furti probabilis fit; cum enim receptum sit, ut et poena et res una actione persequeretur utramque persecutionem simul interire placet.

C) Quando id, quo reus sine iusta causa locupletior factus est, condicitur.

Cum secundum ius classici temporis sola certa pecunia vel certa res condici posset, id quod apud aliquem sine iusta causa litis contestatae tempore erat, initio condici non poterat, nisi ille dominus pecuniae vel rei factus erat (D 12, 5, 6, D 12, 6, 96 vide supra); quam condictionem mora debitoris perpetuari constat; qua re furi, etiam postquam possidere desierat, subrepta res condici potuit. (D 13, 1 fr. 8 § 1 et fr. 20).

1) Si quis vero non adquisito rerum dominio, sed alio modo sine iusta causa locupletior factus est, verbi gratia operis ei ab alio solutis, quomodo ei condicendum esset,

quaesitum est, quod infra nota 37 expositum est. De qua re etiam Ulpianus D 12, 6 fr. 26 § 12 tractat.

D 12. 6 fr. 26 § 12. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum Paling. 774..... sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles [veluti pictorias vel alias], (80) dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis [neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, actus temporis oportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest]. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus....

Celsus docet operas fabriles carere pretio generali eoque differre verbi gratia a frumento, hodie in bursa venumdari solito: solutas tamen indebite operas fabriles aestimari (verisimile in iure cf. Lyskowski Condictio II 290 sq.) atque earum aestimationem condictione indebiti condici posse. Compilatores Justinianei vero condictionem faciendi admittentes, consequenter putabant etiam operis indebite solutis, eum, qui solverit, condicere posse, ut sibi invicem tales operae ab eo, cui solutae sint, solvantur; ibi tamen propter diversas qualitates rei atque actoris nec non propter opportunitatem loci ac temporis solutas operas contra regulam iuris invicem solvi non debere interpolatione sua adfirmant; quam ob rem contra regulam iuris romanobyzantini sententia Celsi, soli aestimationis condictionem concedens, a compilatoribus intacta mansit. (Cuius interpolationis indicium etiam indicativus «exhibentur» loco coniunctivi, nec non inelegantia expositionis sunt [«nam plerumque robur hominis, actus temporis opportunitasque naturalis mutant causam operarum»].

2) Si quis vero sine causa stipulanti vel ob causam quae non sit secuta promiserit tempore classicae iuris prudentiae, exceptione doli adversus stipulantem defendere se poterat (cf. Gai IV 116*a* 119); si vero nesciens solverat, solutum condicere (D 12, 6 fr. 45, D 16, 2 fr. 10 § 1, D 25, 1 fr. 5 § 2). Condictione vero faciendi tempore post classico admissa, ipsa

stipulatio quasi indebita vel sine causa promissa condici potest (cf. D 12, 7 fr. 1 pr. intp.).

3) Si quis autem aliquam rem dedit non stipulatus, quamquam ei ab accipiente cavendum erat, temporibus classicis generaliter condicere non potuit; nunc ipsam cautionem condicere potest id est condictione consequi ut sibi cautio praestetur (vide supra § 2).

4) Cum tamen condictione faciendi id, quo aliquis sine iusta causa locupletior factus est, repeteretur, persaepe quaestio erat, quid quantumque condictione repeti deberetur. Statutum est igitur generaliter id, quo reus locupletior factus est, accuratissime hac condictione repeti posse; quod cautum est ad similitudinem eius, quod ex negotio claudicante secundum rescriptum divi Hadriani peti poterat (81-82). Cuius rei causa inter cetera fragmenta interpolatum est a compilatoribus D 12, 6 fr. 65 § 8 hoc consilio et animo, ut servo indebite soluto posteaque ab eo, cui solutus esset, nesciente manumisso, manumissor propter operas liberti atque ad restituendam eius hereditatem teneretur. Et consequenter si res debita ab eo, qui condictione nesciens tenebatur, commodata est, reus ex iure romanobyzantino ut actionem commodati actori cedat, condictione compellitur, cum antea aliud ius in hac re observari solebat (vide supra). Similiter si res a servo deposita errore depositarii non domino servi, sed Titio restituta est, ex iure romanobyzantino a depositario Titio condicendum est, ut rem restituat, arg. D 16, 3 fr. 31 in fine intp. D 16, 3 fr. 13 § 1 intp. (D 16, 3 fr. 1 § 32 omissione ac negligentia compilatorum novo iuri non est accomodatum).

Qua regula novi iuris recepta, quaeri tamen potest, quod tempus in aestimando eo, quo reus locupletior factus est, spectandum sit (vide Mayer, Die condictio des römischen Privatrechtes 1900; idem, Der Bereicherungsanspruch des römischen Privatrechtes, 1903). Ego quidem puto tempus litis contestatae spectandum esse, nisi iam antea obligatio debitoris mora vel dolo vel culpa lata perpetuata est (83).

D) Quando ex furtiva causa condicitur.

A condictione id, quo reus sine iusta causa locupletior factus est, repetente multo differt condictio furtiva iuris Justinianei. Iam supra exposui (§ 6 B.) in locum actionis ad exhibendam rem furtivam condictionem substitutam esse unaque cum condictione ex causa furtiva, quae apud iurisprudentes temporis classici inveniatur, condictionis furtivae communi appellatione contineri. Quae condictio actioni damni resarciendi causa comparata est ad similitudinem ceterarum actionum nostrae aetatis, quae ex delicto nascuntur praesertim, cum secundum ius Justinianeum non solum quanti res furtiva erat, sed etiam quanti intererat agentis, condictione furtiva peti posset (arg. interpolationes quae in D 13, 1 fr. 3 inveniuntur) (84). Cuius rei causa multa in iure romanobyzantino innovata sunt. 1) Secundum enim ius classicum condictione ex causa furtiva saepissime id quod sine iusta causa furis factum erat, persequebatur, quam ob rem heres furis in solidum, (non quanti ad eum pervenerat), tenebatur (D 13, 1 fr. 9, D 47, 1 fr. 1 pr.) (85) et ex furto filii familias vel servi patri vel domino, id quod ad eum pervenerat, condici poterat (D 13, 1 fr. 4 cf. Dernburg-Sokolowski ed. 8 vol. 2 § 394 nota 2 pag. 836). Secundum autem ius Iustinianeum condictione furtiva lucrum cessans et damnum emergens persequendum est. Cuius rei causa etiam D 13. 1 fr. 4 interpolatione corruptum est.

D. 13, 1 fr. 4.	*Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum Paling 2873.*
Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: [in residuum] noxae [servum dominus] dedere potest.	Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est, domino <aut patri> id, quod ad eum pervenit. <si autem citra suam scientiam dominus dolo servi vel pater familias dolo filii possidere desiit, et cum eo de dolo malo servi vel filii agitur>, noxae dedere potest.

Condictio ex causa furtiva iuris classici actio ex delicto non erat: neque enim poenae persequendae neque damni resarciendi causa (nisi furis mora perpetuata est) sed eius, quo fur locupletior factus erat, persequendi causa comparata erat: igitur noxalis esse non poterat. Secundum autem ius classicum auctore Paulo (D 10, 4 fr. 16 libro decimo ad Sabinum), si dominus dolo servi citra suam scientiam rem possidere desiit, actio furti vel de dolo malo noxalis servi nomine danda est. Condictio autem furtiva iuris byzantini actioni ex delicto damni resarciendi causa comparata est, quam ob rem noxalis esse potest. Inde paret D 13, 1 fr. 4 interpolationibus corruptum esse. Ex iure temporis classici servus simul ac filius familias ex suo delicto noxae dari poterat; noxae datio filii familias a Justiniano abolita est: quam ob rem in fine D 13, 1 fr. 4 solius servi mentio fit (86).

2) Similiter etiam D 13, 1 fr. 5 interpolationibus corruptum est:

D 13, 1 fr. 5.	*Paulus libro nono ad Sabinum Paling 1802.*
Ex furtiva causa filio familias condici potest: nunquam enim ea condictione alius quam qui [fecit] tenetur aut heres eius.	Ex furtiva causa filio familias condici <non> potest: nunquam enim ea condictione alius quam qui <dominus factus est> tenetur aut heres eius.

In D 13, 1 fr. 5 praemissum est, a) condictionem furtivam damni resarciendi causa comparatam esse atque, b) filium familias iam sua bona (peculium castrense, quasi castrense, peculium adventicium) habere posse: filius igitur habere posse, unde damnum passo satisfaciat. Quod tamen iuri classico contrarium est, nam condictio ex causa furtiva eius, quo alter locupletior factus est, persequendi causa com-

parata est et ex furto filii familias nunquam ipse, sed eius pater, dominus rei subreptae vel novae speciei factae fieri potest. Inde paret etiam D 13, 1 fr. 5 interpolatum esse.

Secundum ius classicum heres delinquentis quatenus ad eum pervenit actione poenae persequendae causa comparata teneri solebat; quod receptum est intuitione innocentis heredis, ne ultra vires hereditatis teneretur. Actionibus quae rei persecutionem continebantur heredes in solidum tenebantur; attamen in actione rerum amotarum, quae damni resarciendi causa comparata erat, receptum est, ut heres, quatenus ad eum pervenit, teneretur. Cum tamen generaliter condictione heres in solidum teneretur et secundum ius classicum ex causa furtiva saepissime id quo fur locupletior est factus, condiceretur, heredem in solidum teneri oportebat (D 13, 1 fr. 9). Admissa condictione etiam damni resarciendi causa (vide supra § 5 et 6) nihil in ea re innovatum est (87), nam quamquam secundum ius romano-byzantinum condictio furtiva actio ex delicto damni resarciendi causa comparata erat, tamen beneficio inventarii introducto, heres beneficio inventarii usus generaliter ex omnibus debitis hereditatis ultra vires hereditatis non tenebatur, quam ob rem speciale beneficium ad condictionem furtivam spectans superfluum factum est et a compilatoribus nihil in D 13, 1 fr. 9 innovatum est.

Cracoviae, kalendis februariis 1927.

Notae ad § 1.

1) Romani dicere solebat « iudicem arbitrumve dare », « tutorem dare », « curatorem dare » (Ulpianus liber sing. regul. XII, 1), « in adoptionem dare », « actionem dare », « exceptionem dare », « legem dare » (Voigt XII Tafeln vol. 2 pag. 105 nota 9); postea etiam ad similitudinem tutoris dandi etiam « cognitorem dare » dicere solebant (Fragm. Vat. 322). In datione tutoris, iudicis arbitrive, cognitoris « dare » ex sua potestate aliquem, verbi gratia tutorem, iudicem arbitrumve, cognitorem alicui « constituere » significat. Quando vero actionis exceptionis legis dandae mentio fit « dare » ex sua potestate aliquid statuere vel cavere significat. Quae res tamen Bekkeri nec non ceterorum opinionem minime probat, nam ad rei dationem non spectat atque demonstrat iuris prudentes Romanos iam vetustissimo tempore « dandi appellatione » aliquid ex sua potestate statuere significasse: quae res igitur nihil commune cum sola possessione transferenda habet, nam possessio non ius, sed factum est. Apud Livium tamen [III 44, (12) 56, (4), 57 (5) atque Arnob. adv. nat. IV.] etiam vindiciarum dandarum mentio invenitur « secundum aliquem vindicias dare ». Movet nos vindiciarum *dandarum* significatio, quamquam vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est » (Festus 376 a, 16 cit. apud Voigt XII Tafeln vol. 2 pag. 49 nota 30) et quamquam datio vindiciarum eum secundum quem dictae sunt, dominum non efficit. Notandum igitur est, apud iurisprudentes appellationem « vindicias dicere » aut « vindicias abdicere » inveniri (Cat. in L. Fur. apud. Fest. 376 a 18 Pomp. Ench. D 1, 2, fr. 2 § 24 Gai IV, 16 cit. apud Voigt XII Tafeln 2 pag. 51 nota 32), is autem secundum quem vindiciae dictae sint, vindicias ferre dicitur (Tab. XII 3), quae denominatio « vindicias dicere » etiam apud scriptores non iuris prudentes invenitur [Liv. III. 56 (6) 58 (7)]. Denominatio autem « vindicias dare » apud solos scriptores, qui iurisprudentes non sunt, invenitur, apud quos veluti apud Livium promiscue « vindicias dare » [III 44 (12) 56 (4) 57 (5)] et « vindicias dicere » [III 56 (6), 58 (7)] invenitur. In qua re notandum est in fabula de Virginia narrante apud Livium non secundum ius romanum sed secundum ius graecum de libertate Virginiae contendi (vide Taubenschlag Proces o Wirginje Kraków 1917 ex dissertationibus Accademiae litterarum Poloniae editis). Inde etiam falsa « vindiciarum *dandarum* » appellatio minime nos movet.

2) Vide Sohm Inst. ed. 17 pag. 627 nota 4. Cuq Manuel des Institutions juridiques des Romains (1917) pag. 770 textus atque nota 7, 8.

Schlossmann putat (Z.SS. Rom. Abt. vol. 27 pag. 160 sq.) verbis « do lego » dationem talem, ut res legata acci-

pientis fiat non significari, nam id Gaio teste (II, 194) demum verbis « per vindicationem » significandum esse. Schlossmanni tamen sententia reprobanda est, nam « per vindicationem » significatione legatum hoc a legato per damnationem distinguitur: ex utroque enim legato res legata legatario datur, ex legato per vindicationem a testatore, ex legato per damnationem ab herede.

3) Similiter Romani de agro publico dando adsignando dicere solebant: quamquam enim ager publicus res extra commercium est tamen adsignatione accipientis fit. In formula vero « do dedico » (verbi gratia « lex arae numinis Augusti dedicata ») res dedicata non fit quidem accipientis, quia res sacrae extra commercium sunt, sed is qui dedicat dominium rei dedicatae dimittit, res autem dedicata ex iure divino diis superis consecrata fit.

Qui actus igitur transferendo dominio maxime similis est, cuius actus, deficiente propria denominatione, Romani « dandi » denominatione uti solebant, ut ad instar verae dationis dominium dimissum significaretur, adiectum vero verbum « dedico » significabat rem non ex iure Quiritium accipientis fieri, sed ex iure divino diis superis consecrari.

Movet nos tamen, quod etiam in emptione venditione contrahenda dationis mentio fit (« venum dare » cf. Voigt XII Tafeln vol. II pag. 105, nota 9, pag. 49 nota 30, pag. 51, nota 32), quamquam venditor rem venditam accipientis facere necesse non habet (D 18, 1 fr. 25 § 1); sufficit enim rem venditam si mancipi sit, mancipio dare, si nec mancipi sit, tradere. Deficiente alia appellatione dationis mentio fit, adiectum vero verbum « venum » (dare) significat non veram dationem intelligendum esse, sed actum, qui propter mancipationem aut traditionem ad instar verae dationis respiciat. (Similiter quasi ususfructus appellatio ad instar veri « ususfructus » recepta est).

Schlossmann putat (ZSS. vol. 24 pag. 160 sq.) initio dandi appellatione talem dationem significatam esse, ut res apud accipientem esset, postea demum vero receptum esse, ut in emptione venditione venditor actione auctoritatis etc. teneretur; in stipulatione vero si res accipientis non sit facta, ut promissor ita condictione ad solvendum pretium rei teneretur ac si omnino data non esset (ibidem pag. 180): in emptione venditione, igitur, quia bonae fidei negotium sit, mitius in venditorem statutum esse, quam in stipulatione, quae stricti iuris negotium est. Schlossmanni tamen sententia omnino reprobanda est, nam in emptione venditione rerum mancipi iam antequam bonae fidei iudicia recepta sint venditor actione auctoritatis tenebatur (vide Rabel, Haftung des Verkäufers passim); quae actio auctoritatis etiam stipulatione vetustior esse videtur. Ex stipulato autem promissor, qui rem dare promisit, ita dare tenetur, ut res accipientis fiat; alioquin in iudicio ad solvendam veram rei aestimationem condemnandus est; nec ulla fons vetustissimi iuris Romani suspicere iubet, vetustissimo tempore promissorem, qui rem promissam stipulanti tradiderit aut mancipaverit, sed eam accipientis non fecerit, in iudicio absolvendum esse. Probabile esse videtur initio dationem ad solas res nec mancipi spectavisse atque ex vetustissimo iure Romano ad similitudinem iuris graeci atque germanici ad restituendas res nec mancipi, nisi furtivas, eum solum cui commissae sint, teneri (« mobilia non habent sequelam »); ideoque res nec mancipi iam data esse videbatur, si furtiva non erat et aut tradita aut in iure cessa erat; res mancipi autem a quolibet possidente vindicari poterant ideoque in venditione rerum mancipi emptori non solum mancipatio sed etiam actio auctoritatis necessaria erat. Admissa postea vindicatione rerum etiam nec mancipi a quolibet possidente factum est, ut sola talis datio intelligenda sit, ut res data statim accipientis ex iure Quiritium fiat. Nova significatione « dandi » recepta nihil in emptione venditione rerum mancipi innovatum est; in emptione vero et venditione rerum nec mancipi, admissa earum a quolibet possidente vindicatione, stipulatione dupli interponenda emptor sibi subveniri curabat (vide Rabel die Haftung des Verkäufers). Quae res tamen obscurior esse videtur; minime autem probat aequalium nostrorum opinionem antiquissimo tempore datione

rei etiam solam restitutionem rei id est traditionem possessionis contineri.

Similiter ac «venumdare» etiam appellatio «doti dare» «fiduciae dare» recepta est, nam in dote danda res mancipi mancipandae aut in iure cedendae, res nec mancipi tradendae aut in iure cedendae erant, et demum si postea evictae sunt, mancipio dans vel tradens vel in iure cedens ad similitudinem venditoris tenetur.

4) Notandum est etiam verbum «damnum» a «dare» proficisci (Mommsen Römisches Strafrecht pag. 751 nota 4) atque initio omnino id quod dari oportet (cf. legatum per damnationem), postea id quod poenae nomine dari oportet, significari. Id autem quod poenae nomine dandum est, sic dandum est, ut accipientis fiat.

5) cf. Mommsen Römisches Strafrecht p. 757 sequ., Pernice Labeo I p. 312, Girard-Meyer (Berlin 1908) pag. 445-447, Costa, Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione Giustinianea, 2 ed. Torino 1925 p. 323 n. 2. Trampedach ZSS.R.A. vol. 17. pag. 98 sq., Mitteis Röm. Pr. R. pag. 58. nota 50, Krüger ZSS. R. A. vol 21 pag. 420 sq., Levy Privatstrafe und Schadenersatz, Levy Konkurrenz der Klagen und Personen I. pag. 280 sq.

6) Quando actio depositi in factum introducta sit, valde quaeritur (vide Cuq Manuel des Institutions 1917 pag. 446 nota 8); quae actio tempore Caesaris iam recepta esse videtur.

Notae ad § 2.

7) Cui conveniens est *C. 6.2 c. 1 Imp. Severus et Antoninus AA. Theogeni.* Si pecunia tua mandantibus servis quidam praedia comparaverunt, eligere debes, utrum furti actionem et condictionem, an mandati potius inferre debeas..... (anno 200).

Pecunia commixtione venditoris facta est (D 46,3 fr. 78); ideo is, cui pecuniae furtum factum est, vindicare eam non potest, sed deficiente rei vindicatione condicere eam eis, qui praedia comparaverunt potest.

8) Actio ad exhibendos fructus competere non videtur, quia fructus saepissime mature perituri sunt, ideo nec malae fidei possessor fructus consumens dolo facit, rem autem ipsam si consumpsisset, ad eam exhibendam possessor malae fidei teneretur (cf. C 9, 32 c. 4 § 1).

Idem ac Ulpianus D 13,7 fr. 22 § 2, etiam. Diocletianus sentire videtur, nam C 4,9, c. 3 (a. 294) rescripsit fuctus extantes a malae fidei possessore vindicandos, consumptos vero ei condicendos esse, nulla distinctione inter fures et ceteros malae fidei possessores facta.

Fructus extantes furi condici non posse similiter Gordianus sensisse videtur, nam C. 9, 32 c. 4 § 2 (a. 242) rescripsit expilata hereditate fructus extantes vindicandos, consumptos condicendos esse; si vero contra iuris rationem ex causa furtiva condictio rei suae admissa esset, procul dubio etiam ex causa expilatae hereditatis fructus extantes condici potuissent.

9) Julianus etiam rem precario datam condici posse ait (D 43,26, fr. 19 § 2), quamquam ceteris locis nulla apud eum mentio condictionis possessionis fit. Cur interdicto de precario competente etiam condictio detur, valde quaeritur. Pomponius denique et Papinianus possessionis condictionem omnino non admittunt.

10) Valde etiam apud ceteros quaeritur, utrum possessori, an ei qui solum tenet, res condicenda sit.

D 25, 2 fr. 6 (Paulus libro septimo ad Sabinum) § 4. Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. § 5. Aristo et condici ei posse [recte] putat, [quia ex iniusta causa apud eam essent].

D. 25, 2 fr. 25 Marcianus libro tertio regularum [nam iure gentium condici puto posse ab his, qui non ex iusta causa possident] (intp. cf. Pflueger Pro Roscio p. 67 68).

Aristo docet ea, quae *apud* reum sint (id est ea, quae a reo teneantur), Marcianus vero ea quae possideantur. condici posse; ambo tamen loci interpolati sunt.

10*a*) Si res pignori data, soluta pecunia, a creditore ce-

landi animo retineatur, furtum rei fieri ab Ulpiano scriptum est (D 47, 2 fr. 52 § 7); attamen nostro fragmento celandi nulla mentio fit ideoque D. 12, 1, 4 § 1, 2 non solum ad res furtivas, sed generaliter ad res pignori datas (etiamsi eorum furtum non fieret) spectat.

10*b*) D 12, 5 fr 6 interpolationibus incorruptum, sed aliter quam ab aequalibus nostris interpretandum est; quod infra (§ 4) exposuero.

10*c*) Eodem fere tempore et legatum nominis (*per vindicationem*) admissum est. Vide Sohm Inst. ed. 17 pag. 630 atque C. 6, 37 c. 18 anno 294. Utroque casu (id est et in legando nomine et in condicenda obligatione) obligatio res incorporalis esse fingitur. (cf. infra Tryph. intp.).

10*d*) Similiter Naber in « Mnemosyne » vol. 20 pag. 194, qui tamen etiam verba « pecunia soluta » interpolata esse putat; aliter vero von Mayr in ZSS. Rom. Abt. vol. 27 pag. 269 sq.

11) Ulpianus fortasse dubitabat an acceptilatione facta et inde extincta iam obligatione expromissor dari posset.

12) Costa, Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilazione Giustinianea 2 ed. Torino Fratelli Bocca 1925 pag. 357 nota 1. Lyskowski, Condictio ac v. Mayr Condictio et in ZSS. Rom. Abt. vol. 24, 25 (« Condictio incerti »); aliter Kipp in Pauly Wissowa Realenz. sub verbo « condictio » atque Krüger in ZSS. vol. 21 pag. 420 sq., von Mayr, ZSS. Rom. Abt. vol. 25 pag. 203 sq. putat appellationem condictionis incerti a compilatoribus introductam esse, tamen condictionem possessionis, condictionem indebitae promissionis, condictionem liberationis etc. iam tempore iurisprudentiae classicae receptam esse. Quae von Mayri sententia reprobanda est; non solum enim fragmenta de condictione possessionis, de condictione indebitae promissionis etc. tractantia interpolationibus corrupta sunt, verum etiam incerti (veluti possessionis etc.) condictio ex iure classico omnino admitti non posse credo, cum condictione actor intendat, certam rem dari sibi oportere, cum nulla separata incerti condictio in edicto praetoris proposita esse videatur (v. Mayr. ZSS. Rom. Abt. vol. 25 pag. 211) cum denique nulla condictionis fictio adiungatur (Gai IV 33) ideoque obligatio aut possessio quodammodo res incorporalis esse fingi non possent.

Quomodo deficiente condictione obligationis (indebitae promissionis etc.) ex iure temporis classici subveniretur, supra exposui; deficiente vero possessionis condictione rem subreptam saepissime actione ad exhibendum peti solitum est; quod infra demonstraturus sum (vide praecipue nota 17, 18 nec non § 5, 6).

13) Sabiniani aliud senserunt id est dominum materiae et substantiae etiam novae speciei dominum manere ideoque novam speciem vindicare posse.

14) Quae verba [. . . . .] non a Gaio scripta, glossema posterius esse videntur; vide infra.

14*a*) In qua re notanda est contradictio, quae in I IV, 6 § 15 invenitur: « Appellamus autem..... in personam vero actiones, quibus *dare facere* oportere intenditur, condictiones... nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit *dari* sibi oportere.

15) Sequentibus verbis huius §i (J IV 6 § 15) scriptum est « nunc vero (abusive) dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit *dari* sibi oportere » (cf. Gai IV 18-20); quibus verbis tamen ex animo et consilio compilatorum origo est et historia condictionis non autem ius praesens exponitur.

16) Si datione rei etiam restitutio contineretur, inter condictionem rei ipsius et condictionem possessionis nulla differentia esset.

17) Notandum etiam est actioni ad exhibendum locum esse, quando reus neget rem litigiosam a se possideri, nam qui negat rem litigiosam a se possideri, ad suscipiendam rei vindicationem a praetore compelli non potest (cf. Maria in Études Girard pag. 223 sq.). Actione ad exhibendum ex iure classico reus ad restituendam rem tenebatur, nam ex iure temporis classici exhibere « nihil aliud est, quam materiae ad prehendendae copiam facere (D 43, 6 fr. 3 § 8); vide etiam J IV. 1 § 4... « praeterea poena constituitur edicto praetoris

per actionem furti non exhibiti adversus eum qui furtivam rem apud se quaesitam non exhibuit». (Idem sentit Egon Weiss in ZSS. Rom. Abt. vol. 43, pag. 464 textus et nota 3; cf. etiam. Bonfante Scritti giuridici varii vol. 2, 1918 pag. 66 atque Ihering in Ésprit du droit romain IV. pag. 28 pag. 203 nota; Zweck im Recht, Leipzig 1884 pag. 270 nota, Demelius, Die Exhibitionspflicht pag. 71-80). Similiter in compluribus Digestorum fragmentis «exhibendi» appellatione «restitutio» significatur, verbi gratia in D. 10, 4 fr. 3 § 11 «si mecum fuerit actum ad exhibendum... teneor ad restituendum»; D 10, 4 fr. 7 § 3 «Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi»; D 10, 4 fr. 7 § 6, 7. D 10, 4 fr. 9 § 7 «Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putavit etiam partum quoque restituendum...» Vide etiam D 12, 1 fr. 11 § 2, D 43, 16 fr. 1 § 6 et 32, D 23, 3 fr. 9 § 3, D 19, 5 fr. 17 § 2, C 3, 42 c. 8 et 9, D 15, 1 fr. 38 pr. D 16, 3 fr. 1 § 32 intp. D 3, 5 fr. 32 (33), D 9, 2 fr. 42, D 25, 2 fr. 6 § 4 fr. 22 § 1 D 47, 2 fr. 29. Iam supra scripsi possessorem, qui neget rem possideri, ad suscipiendam rei vindicationem compelli non posse (vide supra Maria in Études Girard). Ceterum constat non solum eum qui neget rem a se possideri, sed etiam eum, qui dolo rem possidere desierit actione ad exhibendum teneri: is enim, qui dolo possidere desiit, rei vindicatione non tenetur; ut igitur nihilo minus domino facultas rei recuperandae praeberetur actio ad exhibendum adversus eum, qui dolo possidere desiit introducta est.

Non solum dominus rei subreptae, sed etiam quidam alii veluti creditor cui res pignori data est actione ad exhibendum restitutionem rei consequi possunt.

Ex iure vero romano byzantino exhibere nihil aliud est, quam praesentiam rei futurae actionis causa praestare (cf. D 10.4 fr. 2 intp.); actio autem ad exhibendum ex iure romano byzantino graecae ἐμφανῶν καταστασι maxime similis est; cuius rei causa fragmenta Digestorum Justiniani de actione ad exhibendum tractantia a compilatoribus interpolationibus penitus corrupta esse speciali opere demonstravi.

18) Quod similiter speciali opere de actione ad exhibendum exponam.

19) Inprimis notandum est, palimpsestum Veronense Gai saeculo V vel VI p. Chr. conscriptum multis interpolationibus et glossematibus authenticum Gai opus corruptum continere. Esempli gratia *in Gai II, 11 (D 1, 8 fr. 1 pr.)*:

«Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse [ipsius enim universitatis esse creduntur]. Verba «ipsius enim universitatis esse creduntur» posterius glossema sunt; Gaius enim loco citato sine dubio de rebus publicis id est rebus, quae sunt extra commercium, tractat; qui Gaius in D 50, 16 fr. 16 docet «nam publica appellatio [in compluribus causis] ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur»; glossema autem, quod in Gai II, 11 invenitur, falso res publicas res civitatis, igitur res in commercio, esse adfirmat. (vide Bossowski in Gazeta sadowa warszawska, annus 1923 nri. 30-32).

Gai I 53. interpolationibus corruptum esse Albertario demonstrat (B. I. D. R. a 33 fasc. I-IV pag. 121). In Gai II 79 verba «et quibusdam aliis possessoribus» in Gai IV, 5 vero verba «fierive» interpolata esse iam supra notavi. Gai IV 84 contradicit Gai IV 98; collatione autem Gai IV 84 atque Vat. fragm. 317, 331, 333, J. IV. 11, § 3. ostenditur Gai IV. 84. posterioribus glossematibus iuri Romano V saeculi accomodatum esse (Wroblewski Zarys wykladu prawa rzymskiego I. pag. 416).

Notandum est, etiam Pauli opiniones in «Receptis sententiis» atque Vaticana fragmenta pluribus glossematibus corrupta esse, accomodandi iuris IV saec. gratia (Riccobono in Studi in onore di Silvio Perozzi pag. 367 nota 1. Albertario in Bull. Ist. dir. rom. a 32, fasc. I III. p. 28, 56).

Notae ad § 3.

20) Ihering putat initio solius rei nec mancipi nomine furti agi atque condici potuisse (Rechtsschutz genen injurjöse Rechtsverhältnisse in Jahrbücher für Dogmatik 1885 pag.

204. Zweck im Recht 1884 pag. 270 nota; cf. Bonfante Scritti giuridici varii vol. II pag. 64-66); res enim mancipi a quocumque possidente vindicari ideoque eorum nomine furti agi non potuisse. quam differentiam inter res mancipi et nec mancipi paulatim sublatam et abolitam esse, nam postea vindicationem non solum rerum mancipi sed etiam rerum nec mancipi concessam esse atque actionem furti non solum propter subreptas res nec mancipi sed et propter subreptas res mancipi mobiles (praesertim homines) admissam esse. Tempore Sabini quaesitum etiam est, an fundi furtum fieri possit. Sabinus existimavit etiam fundi nomine furti agi posse, quae sententia tamen a ceteris reprobata est (Gell. 11, 18 § 11-14 Lenel Pal. Sabinus fr. 2.

21) Quod vero ad Iheringi hypothesim spectat, probabile esse videtur initio res nec mancipi vindicari non potuisse; dominus autem earum rerum recipiendarum nomine non condictionem ex causa furtiva (vide infra § 4,5) sed solam actionem furti habuisse videtur ad similitudinem eius, cui damnum iniuria datum est, nam initio actione legis Aquiliae solam poenam dupli dominus petere poterat et postea demum receptum est, ut in iure confessus ad solam aestimationem damnaretur et demum infitiando lis in duplum cresceret (cf. D 9,2 fr. 2 § 1) (Similiter actio vi bonorum raptorum initio procul dubio actio mixta fuerat; postea demum vero quaesitum est, an mista, an poenalis tantum esset. Vide Gai IV, 8 atque etiam Levy Privatstrafe und Schadenersatz pag. 17-88).

22). Levy (Privatstrafe und Schadenersatz pag. 117 sq.) existimat condictionem ex causa furtiva actione rerum amotarum priorem esse, actionem rerum amotarum initio rerum dotalium divortii tempore subreptarum introductam esse, nam condictionem ex causa furtiva iam tempore Ciceronis (O. pro Roscio, Comoedo 4,13) receptam esse et actionis rerum amotarum primam mentionem demum apud Ofilium Caesaris amicum inveniri, quae Levyi sententia nobis reprobanda esse videtur, nam deficiente actione rerum amotarum actionem hanc nondum introductam esse minime demonstrari potest; Tryphonini vero fragmentum (D 13,1 fr. 20), ubi veterum de condictione furtiva tractantium mentio fiat, ipse Levy in re nostra nullius esse momenti confitetur (Konkurrenz I pag. 281 nota 2). Probabile igitur est rerum amotarum actionem priorem introductam esse; coniectura vero Levyi actionem rerum amotarum initio ad solas res dotales spectavisse omni ratione caret. Similiter edictum, quod ad aleatores spectat (D 11,5 fr. 1) a praetore hoc tempore introductum esse videtur, quando fure furti condemnato aut damno pro fure deciso rei vindicatio perimeretur. Recte igitur recepta est sententia verbis edicti «sive quid... subtractum est, iudicium non dabo» solam actionem furti contineri. Cum autem receptum est, ut damno pro fure deciso rei vindicatio non perimeretur et cum praeterea actio ad exhibendum et condictio rei subreptae introducta est, nonnulli, ut Pomponius, propter veteris iuris observationem, putaverunt solam actionem furti hoc edicto contineri; Ulpianus demum recte notat verbis edicti non solum actionem furti, sed etiam et condictionem et actionem ad exhibendum contineri.

23) Actione rerum amotarum similiter ac condictione ex causa furtiva aestimatio rei subreptae damni resarciendi causa petitur; ceterum condictio in ius, actio rerum amotarum in factum concepta est (Lenel Edictum pag. 298); vide etiam infra.

24) Ofilius sentit actione rerum amotarum solas res divortii tempore a muliere amotas peti posse; in qua re demum postea aliam interpretationem receptam esse (vide supra).

25) Si Diocletianus existimasset marito et rei vindicationem et rerum amotarum actionem competere, scriptum esset, «si res extent etiam vindicare non prohiberis»; verba vero «quod si extent dominii vindicatione uti non prohiberis» significant rei vindicatione competente actioni rerum amotarum locum non esse.

26) In qua re communem doctorum opinionem sequor (Lenel Edictum pag. 233, 234, nota 1, aliter Karlowa Rg. II pag. 81 sq.)

27) Cum a byzantinis condictionem furtivam etiam re subrepta extante competere receptum sit, restrictio Aristonis supprimenda erat; in cuius restrictionis locum substituta sunt a compilatoribus verba ex D 12,5 fr. 6 excerpta «quia ex

iniusta causa apud eam essent». Similiter et *D 25,2 fr. 25 (Marcianus libro tertio regularum)* interpolatum est... « sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, [licet] cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere, <si iam extinctae sunt, si vero extant, vindicare> potest: [nam iure gentium condici puto posse res ab his qui non ex iusta causa possident»].

« Licet » propter sequentem indicativum, nec non verba [nam iure... possident] propter indicativum « possident » loco coniunctivi interpolata esse evidens est. Recte etiam Riccobono notat (Ann. Sem. giur. di Palermo 3-4 pag. 633, 734) mentionem vindicationis a compilatoribus nostro fragmento suppressam esse. Ego tamen restitutionem meam D 13,7 fr. 22 § 2 confirmo ideoque mentionem condictionis authenticam esse puto, praesertim cum « condicere » saepissime in authenticis fragmentis invenitur (vide supra § 2 in fine).

28) Ceterum Fragmenta Sinaitica (intra annos 438-529 conscripta) ostendunt maritum propter res amotas non rerum amotarum actione, sed rei uxoriae retentione ius suum persequi solitum esse:

Fragmenta Sinaitica 9... ob donationes Μὴ ἰσχυέτω pacton ἀναιροῦν τὴν ob res amotas ἢ τὴν ob res donatas ἢ ob inpensas ἢ ob res amotas retentiona (cit. secundum Girard Textes de droit romain 1923).

29) Actionem ad exhibendas res amotas competere evidens est (D 25,2 fr. 6 § 4 cf. D 13,1 fr. 7 § 1 etc.). Actione ad exhibendum restitutionem rei peti posse iam supra (notae 17,18) scripsi. Cum ex iure romanobyzantino actione ad exhibendum non restitutio sed in publicum productio rei petatur, a compilatoribus actioni ad exhibendum condictio substituitur. Verba [et in potestate est, qua velit actione uti] interpolata esse puto, nam « in potestate est » et « actione uti » a byzantinis scripta esse videntur.

30) Ne tamen res heredi durior sit, beneficio inventarii a Iustiniano introducto illi subvenitur.

31) Idem et in condictione furtiva tempore romano byzantino receptum esse infra demonstravero.

32) Etiam in deferendo iure iurando actio rerum amotarum a condictione ex causa furtiva distulerat: quae differentia novo ordine iudiciorum privatorum introducto evanit.

Notae ad § 4

32 a) Similiter ei, qui sine iusta causa stipulanti promisit, a praetore exceptio doli datur. (Gai IV 116 a, 119); vide etiam Pernice Labeo II, 1 pag. 240.

32 b) Quod fragmentum interpolatum esse suspicere licet (vide infra).

33) Apud Ulpianum (libris ad Sabinum) D 12, 5, fr. 6 prius, D 7,5 fr. 5 § 1. posterius esse, alterum autem fragmentum alterum immediate sequi videtur (aliter Lenel in Paling 2591).

34) Quod iam intentione condictionis efficitur. Etiam Sabinus sentit condictionem ex causa furtiva non condictionem rei suae, sed condictionem alienae rei transferendum dominium petentem esse cf. *D 19, 5 fr. 17 § 5 (Ulpianus)* Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori [praescriptis verbis actio in eum competit:] nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat: quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? [plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit (?)]

Verba [plane... erit] a compilatoribus interpolata esse videntur; interpolationem verbum « plane », quo compilatores persaepe uti solent, suspicere iubet; ceterum ex iure classico etiam ex sponsione ob honestam causam facta anulus a dante ei qui acceperat, condicendus erat; interpolata vero a compilatoribus mentione actionis praescriptis verbis, compilatores caverunt, ne ob inhonestam causam actio praescriptis verbis competeret.

In nostra re (id est quod ad condictionem ex causa furtiva spectat) evidens est Sabinum suo libro de furtis plures species iniuriarum furto adnumerandas esse docuisse veluti furtum fundi (vide Lenel Palin II Sab. fr. 2) atque furtum,

quod fiat, si quis rem sub modo sibi datam, contra legem conventionis retineat (D 19, 5 fr. 17 § 5). Recepta opinione hoc casu furtum fieri, nihil iam Sabino auctore obstaret, quominus etiam res, sponsionis causa data, sed ab accipiente contra legem conventionis retenta, ei a victore condici posset. Notandum igitur est hoc casu rem *alienam* a victore accipienti ex causa furtiva condici; inde paret Sabini tempore ex causa furtiva condictionem rei alienae (non autem suae) admissam esse.

Sabini opinio solum, quae ad furtum spectat, a posterioribus iurisprudentibus reprobata est. Similiter Ulpianus Sabini opinionem solum, quae ad furtum spectat reprobat; opinionem vero Sabini, quae ad condictionem spectat, ne ullo quidem verbo reprobat, nam in hac re idem ac Sabinus sentit (id est ex causa furtiva rem suam condici non posse, vide D. 13, 7 fr. 22 § 2 atque supra § 2).

35) quod D 12, 5 fr. 6 et D 50, 16 fr. 63 probatur cf. etiam D 24, 1 fr. 55 (Paulus Pal. 1335 intp. ?). Si vero pretium rei apud eum, quocum agitur, remansit, pretium rei condicendum est cf. *D 12, 1 fr. 23 (Africanus)*. Si cum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex tua re locupletior factus sim.

35 a) Idem ac nos etiam Pflüger de D 12, 5 fr. 6 sentit (ZSS. Rom. Abt. vol 32 pag. 172 sq.)

36) Impensae tamen, a reo factae, non facile ei restituendae sunt D 12, 5, 65 § 5, D 13, 1, 13 (intp. vide infra.). Accessio rei debitae atque partus debitae ancillae (D 12, 6 fr. 15, pr.) nec non fructus rei debitae (D 12, 6 fr. 26 § 12 intp. vide infra) similiter reo sunt condicendi, dummodo in dominio rei sint atque ab eo teneantur (= apud eum sint), partus enim debitae ancillae semper sine iusta causa in eius dominio sunt, fructus vero debitae rei sine iusta causa in eius dominio sunt, si impensas, a reo factas, superant (D 12, 6 fr. 65 § 5). Illud etiam notandum est et partus et fructus rei debitae, non qua causa rei debitae, sed separata actione condicendos esse; nam in condictione sicut in ceteris

stricti iuris iudiciis sola vera rei aestimatio sine ulla, causa actori praestanda est (cf. Sohm Institutionen ed. 17. pag. 375, 381).

37) Apud iurisprudentes aequales nostros valde quaeritur, quomodo classicae iurisprudentiae tempore cautum sit, ne reus condictione conventus plus quam, quo locupletior factus sit, praestare cogeretur (vide Rabel in Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft ed. 7 vol. 1 pag. 471 § 76 in fine). In qua re igitur sententia Sabini atque veterum iurisprudentum (D 12, 5 fr. 6 exposita) a Celso et Ulpiano probata etiam temporibus classicae iurisprudentiae valebat. Cf. etiam Pauli opinionem in D 24, 1 fr. 55. Si vero res debita a domino nesciente consumpta (D 12, 6 fr. 65 § 6) vel homo debitus sine fraude distractus est (D 12, 6 fr. 26 § 12) initio condici non potuerunt; postea verisimile (auctore Celso) receptum esse videtur, ut aestimatio comsumptae vel pretium distractae rei quasi sine iusta causa in bonis debitoris deprehensum, condici possent. Similiter solutis indebite operis aut habitatione non operae (D 12, 6 fr. 26 § 12) nec habitatio (D 12, 6 fr. 65 § 7) sed earum aestimatio id est quanti eas eamve reus conducturus esset, condici possunt. Similiter non sine hesitatione iam a byzantinis receptum est, ut etiam possessor rei impensarum aestimationem domino condicere possit (D 12, 6 fr. 33 auth. D 30, fr. 60 intp. D 12, 6 fr. 40 § 1, intp. D 25, 1 fr. 5 § 2 intp. vide etiam Riccobono in Annali del Seminario giuridico della R. U. di Palermo vol. III-IV. pag. 180 nota 1), semper enim actor certam pecuniam certam — ve servitutem ex iure Quiritium sibi dari oportere hac condictione intendit. (D 46, 3 fr. 66 ad nostram rem minime spectat, nam actio utilis, cuius mentio ibi fit, negotiorum gestorum [propter solutum pupilli debitum] est.) Aliter Sohm Inst. ed. 17 pag. 440, nota 1).

38) Quod fragmentum interpolatum esse infra demonstrabo.

39) Quod ad Iulianum spectat vide Riccobono in Annali del Seminario giuridico d. R. U. di Palermo vol. III-IV pag. 248 nota 2.

40) Vide Rabel in Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft ed. 7 vol. 1 pag. 477-479 (§ 86).

41) Quando furi ex causa furtiva condici possit, infra (§ 5) exponam.

Notae ad § 5

42) Fulcinius Labeonis, Melae, Atilicini sequalis, vide Lenel Palingenesia vol. I pag. 179, 180.

43) Reliqua huius fragmenti interpolationibus corrupta esse infra demonstrabo.

44) Gai palimpsestum Veronense glossematibus corruptum esse supra demonstravi.

45) Semper enim fit dolo furis sive res furtiva furi subrepta sive facto aut omissione furis extincta est; id enim sine adsidua contrectatione rei, quae dolo non caret, fieri non potest.

46) De actione ad exhibendum vide supra § 2 nota 17,18.

47) Nam actio, qua rem nostram esse petimus (Gai IV, 4) actio ad exhibendum est (vide supra § 2). Quaeri tamen potest, an re extincta (veluti nova specie ex re subrepta facta aut re subrepta incendio extincta etc.) ad exhibendam rem subreptam agi possit, cum actione ad exhibendum actor rem suam esse intendat et res subrepta iam eius esse desierit. Receptum igitur est, ut etiam re extincta actio ad exhibendum duret, dummodo is, quocum agitur, dolo eam possidere desierit. (vide etiam D 10, 4 fr. 9).

48) Opinionem meam de rebus, quae alius adiectae accessionis loco cedant, opere meo de actione ad exhibendum exponam.

49) Vide Rabel in Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft ed. 7 vol. 1 pag. 471.

49 a) Cuius rei indicium etiam verbum « nummi.... dati » in D 12, 6 fr. 15 est.

50) Cfr. D 13, 6 fr. 5, § 7, 8 Ulpianus.

51) Restitutioni nostrae non contradicit D 47, 2 fr. 72 (71) pr. quod de furto ipsius rei a commodatario commisso tractare videtur.

52) Cfr. D 13, 6 fr. 5 § 2, 3 Ulpianus.

53) In Palingenesia Leneli D 47, 2 fr. 77 pr. fragmento D 13, 1, 16 posterius ponitur.

54) Mommsen putat condictioni locum esse quando aliquis sine culpa sua ex furto locupletior factus est (Röm. Strafrecht pag. 755 nota 2).

55) Movet nos praeterea, quod D 13, 1 fr. 11 ceteris ex corpore Ulpiani excerptis fragmentis contradicit, nam admissa ab Ulpiano condictione possessionis (D 13, 3 fr. 2, D 47, 2 fr. 25 § 1) valde quaeritur *a*) cur secundum D 13, 1 fr. 1 dominus rei subreptae *rem*, non autem *possessionem* condicat, *b*) cur possessori ad usucapionem condictio possessionis denegetur, praesertim cum creditori cui res pignori data subrepta est, condictio incerti (non autem possessionis) competat (Aristo et Ulpianus D 13, 1 fr. 12 § 2).

Cum tamen condictionem *incerti* condictionem possessionis nec non condictionem furtivam (rei suae) a byzantinis introductam esse ostendatur, in Ulpiani operibus nulla contradictio, quae ad rem nostram spectat invenitur; supra autem expositae opinionum differentiae byzantinorum iurisprudentium controversiarum documenta sunt.

56) Vide D 10, 4 fr. 9 pr. (Ulpianus, Julianus).

57) Condictionis mentio fit, quia legata res furis facta est.

58) Condictionis nulla mentio fit, cum furis facta non sit.

59) Verbum « condices » substitutum est ibi ad similitudinem verbi « condices » in sententia quae sequitur.

60) Cf. D 12, 1 fr. 11 § 2 in fine.

61) Cf. supra D 13, 1 fr. 10 § 2; usque ad sententiam in communi dividundo iudicio latam furtum passus dominium rei subreptae retinet ideoque non condicere sed solum ad exhibendum agere potest.

62) Quae res obscurior est; probabile esse videtur rem communem a fure subreptam in communi dividundo iudicio minoris aestimari solere, quia penes furem sit; idcirco si furtum passus communi dividundo iudicio provocatus dominium partis suae amiserit, eum furi condicere posse. Quomodo autem furi subveniatur, ut ad solvendam aestimationem deducto eo, quod actori communi dividundo iudicio adiudicatum sit, condemnetur vide Levy Konkurrenz der Klagen.

63) Interpolatio D 13, 1 fr. 14 infra demonstrabitur.

63 a) [...] Quae verba authentica non esse suspicio, nam Iulianus actionem vi bonorum raptorum meram poenalem esse existimat (vide infra).

64) Nec me praeterit sententia Kipp'i (art. condictio in Pauly Wissowa) nec non Krügeri opinantium condictionem incerti iam iurisprudentibus temporis classici notam fuisse. Quam opinionem ego non probo (vide infra).

65) Quae sententia, de concursu plurium actionum tractans, iuri classici regulam continet cf. Levy Konkurrenz der Klagen und Personen.

67) Cf. etiam *D 47, 2 f. 12 § 1. Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum.* Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.

68) cf. D 13, 3 fr. 3.

68 a) Quamvis ex causa furtiva nunquam res sua condici possit, tamen interdum fieri potest, ut servus furtivus condicatur veluti si post furtum commissum vita decesserit (vide D 45, 1 fr. 83 § 7 Gai 79 aut si scienti quasi ex stipulatu solutus est etc. (vide supra § 5, 2).

69) Quae verba « nam et condictio » non a compilatoribus Justinianeis scripta esse videntur, nam compilatores Justinianei patrem etiam ab intestato filii familias militis heredem fieri censuerunt (vide J 11 12. pr nec non intp. in D 49, 1 fr. 1 atque opusculum meum de peculio castrensi); cui conveniens est, ut aut actionem furti et condictionem furtivam neutro casu, aut utroque casu competere sentiant, praesertim cum ex iure Justinianeo hereditas personae vicem sustineat (vide Rabel in Holtzendorffs Enz. ed. 7 vol. 1. pag. 533).

70) Levy (Die Konkurrenz der Klagen und Personen II. pag. 93, 94) putat verba « sed potest..... possessor » authentica esse; Faber autem aliud sentit.

71) « Semper enim moram fur facere videtur » (D 13, 1 fr. 8).

Notae ad § 6.

72) Quid condictione incerti petatur, vide supra § 2.

73) Etiam Siber (Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio) fragmentum D 12, 4, 15 interpolationibus corruptum esse putat.

74) Etiam Labeo putat neminem rem suam condicere posse. Quae tamen condictio conceditur domino servi, summo supplicio adfecti, quia supplicio servi dominus esse sine iusta causa desiit (cf. Gai II 79 in fine) ideoque damni resarciendi causa intendere potest servum sibi dari oportere. (Similiter Paulus in D 45, 1 fr. 83 § 7). Actioni vero ex lege Aquilia locum non esse Labeo et Proculus opinantur, cum damnum non sit corpore corpori datum: similiter Javolenus docet iubentem ex lege Aquilia non teneri, nisi ius imperandi damnum danti habuerit (D 9, 2, 37, pr. Paling 57, cf. D 19, 2, 57 Paling 227) et postea demum actio utilis ex lege Aquilia propter damnum alio corpore intercedente (id est mediate datum) a praetore introducta est (cf. Costa Storia del diritto romano privato dalle origini alla compilatione Giust. ed. 2 Torino 1925 pag. 326 sq.

74 a) Actione ad exhibendum actor intendit rem suam esse (Gai IV, 51), interdicto vero « unde vi » actor intendit se ab adversario vi deiectum esse.

75) Admissa condictione possessionis multa etiam alia, quae ad interdicta retinendae aut recuperandae possessionis spectant innovata sunt. Cf. D 43, 26 fr. 19 § 2 D 16, 3 fr. 13 § 1 intp. Quam rem speciali opere expositurus sum.

76) Id est actio ad exhibendum, solam restitutionem rei furtivae persequens (vide supra nota 19, 18); actio autem ad exhibendum, praesentiam rei de qua agitur, praestatura, a byzantinis introducta est.

77) Non solum, quando actor ad exhibendam rem furtivam acturus erat, sed etiam quando aliquam aliam rem vindicaturus aut ad eam exhibendam acturus erat, condictione generali loco competentis actionis uti solebat (cf. C 8, 55 [56] c. 7 § 3) cui usui forensi plurima fragmenta Digestorum Ju-

stiniani interpolationibus accomodata sunt, verbi gratia D 12, 1 fr. 9 pr. § 1-3, D 7, 9 fr. 12 (vide supra § 2).

78) Cui opinioni non contradicunt fragmenta, quae de partu et fructibus rei subreptae, non autem de ipsa re pretiosiore facta tractant (cf. D 47, 2 fr. 9 pr.).

79) Ad nostram rem C 3, 41, c 4 non spectat, nam ibi de actione vi bonorum raptorum, quae actio mixta est, tractatur.

80) Mitteis (Zeitschrift Sav. St. vol. 23. pag. 143 sq.) ostendit operas officiales patrono ex causa patronatus deberi, fabriles autem sive patrono sive alii ex contractu deberi; operas officiales liberti artificis in artificis operis constare. Evidens est igitur demum apud byzantinos operas fabriles ab officialibus non causa sed qualitate differri.

81) Vide Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft ed. 7 vol. 1 pag. 470, 471 (§ 76).

82) « Neminem enim damno alterius locupletiorem fieri « oportet » quam regulam iuris suadente doctrina christiana toto iure civili observari compilatores Justinianei diligentissime curaverunt; vide Riccobono, Influenza del cristianesimo pag. 18 (estratto dalla Rivista « Scientia » vol. V anno III N. IX-1).

83) Nam apud Justinianum culpa lata dolo aequiparatur.

84) Dernburg-Sokolowski (Pandekten ed 8. vol. 2 pag. 836, 837 § 394 notae 2, 3) movet quaestionem, utrum condictione furtiva id, quo fur locupletior factus est, an damnum resarciendum petatur, quae dubitatio confusione iuris classici atque iuris byzantini efficitur.

85) Solum, quando res furtiva sine lucro furis extincta furi condicitur, damnum resarciendum, non autem id, quo fur locupletior factus est, petitur.

86) Bonfante Istituzioni ed. 7 pag. 157. Faber aliter ac nos D 13 1 fr. 4 restituere conatur, opinans verba « vel filius familias » a compilatoribus interpolata esse.

87) Furem tamen semper moram facere ideoque eius obligationem semper perpetuari constat (vide etiam supra nota 85).

ANNALI

DEL

SEMINARIO GIURIDICO

DELLA

R. UNIVERSITÀ DI PALERMO

VOLUME XIII



PALERMO
SCUOLA TIP. « BOCCONE DEL POVERO »
MCMXXVII